

A COMPRA E VENDA E O SISTEMA DE AQUISIÇÃO DERIVADA DE DIREITOS REAIS: O NEGÓCIO JURÍDICO DE DIREITO DAS COISAS

Marcelo Tsuno*

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1992). Pós-graduando em nível de mestrado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Roque Komatsu.

1. RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo mostrar o complexo sistema de aquisição de um direito real a partir de um contrato de compra e venda, colocando em realce os vários planos em que se divide o mundo jurídico. Neste panorama, ressaltamos a figura de um negócio jurídico de direito das coisas, freqüentemente esquecido ou não visualizado, “data la fusione o confusione che

* O autor dedica este trabalho à Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka pelo incentivo e companheirismo.

spesso esiste nella *civil law* (sistemi latini) fra il contratto obbligatorio e l'atto dispositivo (*in senso lato*)¹.

Preliminarmente, apresentamos uma classificação, que comumente se faz, dos contratos, destacando a contraposição entre contrato de direito das obrigações e aquele de direito das coisas, pois que constituinte do núcleo temático do presente trabalho.

A seguir, procedemos a uma análise histórica, precisamente no contexto do direito romano, constatando que o contrato, o *titulus*, dava origem a menos efeitos obrigatórios, exatamente como o contrato obrigacional do direito atual. A aquisição do direito real perfazia-se através de um dos modos (*modus*) de aquisição, que eram três: a *mancipatio*, a *in iure cessio* e a *traditio*.

Posteriormente, como é de mister, empreendemos um estudo do tema em foco à luz de dois ordenamentos jurídicos modelares e antitéticos (quanto ao tema abordado), entre si, quais sejam, o alemão e o francês, deles retirando importantes subsídios para uma análise do ordenamento brasileiro.

Finalmente, examinamos o tema sob a óptica do direito brasileiro que, não tendo seguido fielmente nenhum dos dois sistemas anteriormente estudados, embora com uma propensão maior ao sistema alemão, apresenta algumas peculiaridades, que bem precisam ser compreendidas para se desfazer mal-entendidos a respeito do contrato de compra e venda e para se fazer ver um segundo negócio jurídico, esquecido ou criativamente posto nas sombras, que medeia entre aquele contrato e a tradição ou registro.

RIASSUNTO: Il presente lavoro ha come obiettivo mostrare il complesso sistema di acquisizione di un diritto reale a partire da un contratto di compra-vendita, mettendo in rilievo i vari piani in cui si divide il mondo giuridico. In questo panorama, mettiamo in rilievo la figura di un negozio giuridico di diritto reale, frequentemente dimenticato o non visualizzato, "data la fusione o

¹ Cf. Gino Gorla; in *Il Contratto. Problemi Fondamentali Trattati con il metodo Comparativo e Casistico. I Lineamenti Generali*; Milano, Dott. A. Giuffrè Editore; 1954; p. 1

confusione che spesso esiste nella civil law (sistemi latini) fra il contratto obbligatorio e l'atto dispositivo (in senso lato)".

Inizialmente, presentiamo una classificazione, che comunemente si fa, dei contratti, distaccando la contrapposizione fra contratto di diritto delle obbligazioni e quelle di diritto reale, perchè costituente del nucleo tematico del presente lavoro.

Poi, realizziamo una analisi storica, precisamente nel contesto del diritto romano, constatando che il contratto, il *titulus*, dava origine a meri effetti obbligatori, esattamente come il contratto obbligazionario del diritto attuale. L'acquisizione del diritto reale occorreva attraverso uno dei modi (*modus*) di acquisizione, che erano tre: la *mancipatio*, la *in iure cessio* e la *traditio*.

Dopo, come si fa necessario, abbiamo realizzato uno studio del tema in foco alla luce di due ordinamenti giuridici modellari e antitetici (quanto al tema abordato), tra loro, quali siano, il tedesco e il francese, togliendo da loro importanti sussidi per una analisi dell'ordinamento brasiliano.

Finalmente, esaminiamo il tema sotto la ottica del diritto brasiliano che, non avendo seguito fedelmente nessuno dei due sistemi anteriormente studiati, sebbene con una tendenza maggiore al sistema tedesco, presenta alcune peculiarità, che hanno bisogno di essere comprese per disfare malintesi rispetto al contratto di compra-vendita e per fare vedere un secondo negozio giuridico, dimenticato o per sbaglio posto nell'ombra, che si interpone tra il contratto e la tradizione o il registro.

2. CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

2.1. UNILATERAL OU BILATERAL

Preliminarmente, é de se dizer que a classificação dos negócios jurídicos *lato sensu* em unilateral ou bilateral pode-se referir tanto à sua formação (*quoad constitutionem*), como também aos seus efeitos (*quoad effectum*).

A figura do contrato, enquanto negócio jurídico *stricto sensu*, cujo suporte fático nuclear é composto, necessariamente, por pelo menos duas declarações de vontade, despona, *quoad constitutionem*, no mínimo bilateral.²

Quanto aos efeitos, *quoad effectum*, entretanto, o contrato pode, como comumente se faz, conforme o caso, ser classificado como unilateral ou bilateral.

Diz-se que o contrato é unilateral quando dele se irradiam efeitos *ex uno latere*, ou, mais precisamente, posições jurídicas subjetivas passivas são titularizadas somente por uma das partes contratuais, enquanto a parte adversa titulariza somente posições jurídicas subjetivas ativas.

Contratos bilaterais, por sua vez, são aqueles cujo conteúdo eficaz consiste na irradiação de posições jurídicas subjetivas passivas para ambas as partes contratuais, ativa e passiva, posições estas que devem guardar, entre si, uma relação de reciprocidade ou interdependência. Daí chamá-los Larenz³ contratos de intercâmbio.

É importante frisar que é precisamente este intercâmbio de prestações, e não a assunção de obrigações, que dá a configuração típica a esta classe contratual. Pode-se, assim, simplificadamente, mas com rigor de precisão, afirmar que contrato bilateral é aquele em que cada um dos figurantes assume o dever de prestar (*Verpflichtung zur Leistung*) para que outro, ou outros, lhe contraprestem⁴. Marca-lhe o caráter, portanto, o intercâmbio de prestações, a intenção dos parceiros de permutar uma pela outra, porque há atribuição de algum bem da vida ao patrimônio do figurante do outro lado⁵.

² Diferentemente da posição do professor Álvaro Villaça de Azevedo, para quem o contrato é somente bilateral, não se podendo falar em contrato plurilateral, à maneira de Pontes de Miranda ou Túlio Ascarelli.

³ Cf. Araken de Assis; in *Resolução do contrato por inadimplemento*; RT; p. 21; nota 23.

⁴ Cf. Pontes de Miranda; *Tratado de Direito Privado*; tomo XXVI; § 3.126; p. 96.

⁵ Cf. Pontes de Miranda; tomo XXXVIII; § 4.184; p. 7

Na locação, por exemplo, a entrega (uma das modalidades de obrigação de coisa, que não implica a transferência de direito real, mas sim da simples posse) da coisa ao locatário corresponde à dação (outra das modalidades de obrigação de coisa, que implica alienação, ou seja, transferência de direito real do setor patrimonial da esfera jurídica do devedor para o setor patrimonial da esfera jurídica do credor) do aluguel ao locador. Nem todos os outros deveres de prestar, *contentutísticos*⁶ do complexo eficaz do contrato em questão, guardam idêntico nexo de reciprocidade. Vale, aqui, lembrar Pontes de Miranda⁷, quando assinala que a bilateralidade faz bilateral o contrato, mas não implica que todas as dívidas e obrigações irradiadas dele sejam bilaterais, pois não há reciprocidade no dever de devolução do bem locado.

Importante, ademais, frisar o importante papel da autonomia da vontade, que está a embasar toda a concepção do negócio jurídico, em relação à caracterização de um contrato como bilateral. É justamente em razão desta autonomia da vontade que “o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e *de estruturação do conteúdo eficaz*”⁸ das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”⁹.

Destaca Jacques Ghestin, muito a propósito, o papel fundamental da vontade dos parceiros na caracterização da bilateralidade, acudindo com o exemplo do depósito, também contrato unilateral no direito brasileiro. Frisa o autor que, convencionada a remuneração do depositário, o contrato entra na classe dos bilaterais, porque uma obrigação (*rectius*: prestação) cabe ao depositante¹⁰.

⁶ Neologismo criado por Pontes de Miranda e que quer dizer *que estão contidos*

⁷ In Tratado de Direito Privado; tomo XXVI, § 3.126; p. 97

⁸ Grifos nossos.

⁹ Cf. Marcos Bernardes de Mello; in *Teoria do Fato Jurídico*; 1985; p. 184.

¹⁰ Cf. Araken de Assis, in *Resolução do Contrato por Inadimplemento*; p. 17.

Há autores que incluem, ainda, uma terceira classificação, qual seja, dos contratos bilaterais imperfeitos (*contractus bilaterales inaequales*) ou acidentalmente bilaterais (*Zufällige Zweiseitigverträge*). Citam eles, como respaldo de suas afirmações, o contrato de depósito ou comodato.

O fato, porém, de o depositante vir a se tornar titular de um dever de prestar, por um incidente *ex post facto*, quer na forma de reembolso das despesas efetuadas pelo depositário, quer na forma de indenização dos prejuízos suportados por este último, não transmuda o contrato em bilateral ou sinalagmático, pois, para que um contrato assim seja caracterizado, mister se faz que haja, mais do que *ultra citroque obligatio*, um nexu causal, ou relação de reciprocidade, entre a obrigação da parte depositante e a obrigação fundamental do depositário. O sinalagma, como pontifica Antunes Varela¹¹, liga entre si prestações essenciais de cada contrato bilateral, mas não todos os deveres de prestação dele nascidos. Neste exato sentido, preleciona Von Tuhr¹², para quem o reembolso das despesas feitas pelo depositário não constitui contraprestação da obrigação principal, sendo simples efeito acessório e fortuito do contrato.

Autores outros, mais incisivos, repelem a divisão dos contratos em bilaterais perfeitos e bilaterais imperfeitos. Consideram eles que, a despeito das aparências ou semelhanças, os bilaterais imperfeitos são, na realidade, unilaterais, porque o que importa é a essência da convenção, fixada no momento da formação do acordo de vontades e inalterável por efeito de fatos ulteriores, puramente acidentais ou eventuais e sem correlação com as obrigações principais¹³.

Neste sentido, pontifica L. Enneccerus¹⁴ que os contratos unilaterais podem ser de duas maneiras: a) os rigorosamente

¹¹ *In Das Obrigações em Geral*; vol. I; 5ª edição; Livraria Almedina; Coimbra; 1986.

¹² *In Tratado de Direito Privado*; tomo XXXVIII; p. 55.

¹³ Cf. Darcy Bessone; *in Do Contrato, Teoria Geral*; Forense; Rio de Janeiro; 1987.

¹⁴ *In Derecho de Obligaciones*, volumen primero, Doctrina General; Libreria Bosch; 1933; ps. 161/162.

unilaterais, ou seja, aqueles em que somente um dos contratantes passa a titularizar um direito de crédito, enquanto o outro torna-se titular de um dever de prestar (*Verpflichtung zur Leistung*); b) os não rigorosamente unilaterais, ou seja, aqueles em que apenas um dos contratantes titulariza posições jurídicas subjetivas ativas, mas podendo vir a titularizar uma posição jurídica passiva que, sem embargo, não representa a contrapartida ou retribuição de uma daquelas.

2.2. GRATUITO OU ONEROSO

A presente distinção, entre contratos onerosos e gratuitos, prende-se à função econômica do contrato e pauta-se no conceito de atribuição patrimonial (*Zuwendungen*).

Atribuições patrimoniais são, segundo Manuel Domingues de Andrade, “atos mediante os quais uma pessoa (atribuinte) aumenta o patrimônio de outra (atribuído) à sua custa - enriquecendo-a, portanto, com sacrifício próprio - qualquer que seja a forma por que este resultado se produz: transmissão de um direito de natureza patrimonial; constituição de um direito novo a favor do atribuído, com redução ou compressão de um direito do atribuinte; extinção de um direito real que gravasse uma coisa do atribuído ou libertação de uma dívida sua; assunção de obrigações; prestação de quaisquer serviços com valor patrimonial. Trata-se (...) de uma pessoa proporcionar a outra, com sacrifício próprio - e agindo nesta intenção - uma vantagem patrimonial”¹⁵.

Feito este prévio e indispensável esclarecimento, passemos, propriamente, à distinção que ora nos interessa. Contratos onerosos, ou a título oneroso, são aqueles em que há atribuições patrimoniais correspectivas, efetuadas por cada uma das partes contratantes. A atribuição patrimonial efetuada por uma das partes tem por correspectivo, compensação ou equivalente, a atribuição patrimonial da parte contrária. No contrato oneroso, as partes.

¹⁵ In *Teoria Geral da Relação Jurídica*.

estão de acordo em que a vantagem que cada uma visa a obter é contrabalançada por um sacrifício, que está numa relação de estrita causalidade com aquela vantagem¹⁶.

Já os contratos gratuitos são aqueles em que intervém uma intenção liberal (*animus donandi, animus beneficiandi*), devidamente manifestada, de efetuar uma atribuição patrimonial a favor de outrem, sem contrapartida ou correspectivo. Nos negócios gratuitos, afirma Mota Pinto¹⁷, cria-se e há acordo das partes sobre este ponto - uma vantagem patrimonial para um dos sujeitos, sem nenhum equivalente.

Uma questão que desperta interesse, até em razão de sua controvérsia, é aquela atinente à bilateralização, ou não, do depósito oneroso.

Atendendo-se que a remuneração tenha sido objeto do acordo das partes, torna-se a sua prestação o dever principal, ou obrigação, do depositante, passando a integrar o sinalagma contratual, na medida em que se contrapõe ao dever principal, ou obrigação, imposto ao depositário, de guardar e conservar a coisa. Passa a existir, assim, o nexu causal entre o dever assumido pelo depositante e o dever principal do depositário, justificando, conseqüentemente, o regime específico dos contratos bilaterais.

Há, entretanto, quem conteste este entendimento. Aubry et Rau e Démolombe, secundados por Darcy Bessone, sustentam que, no mandato e no depósito, o ajuste de salário para o mandatário ou o depositário não seria suficiente para tornar bilateral a convenção. Em regra, o salário do mandatário ou do depositário é efeito acessório ou fortuito do contrato, mas podem certas cláusulas modificar a fisionomia dos contratos unilaterais, criando obrigações principais e correlativas para os contraentes.

¹⁶ Antunes Varela; *in op. cit.*

¹⁷ *In Teoria Geral do Direito Civil*; 3ª ed.; Coimbra: 1991.

2.3. COMUTATIVOS OU ALEATÓRIOS

Cuida-se, esta classificação, de uma subdivisão dos contratos onerosos. Comutativos são contratos em que a extensão das prestações é certa e avaliável desde o momento de sua formação¹⁸. As partes, assim, no momento mesmo da conclusão do contrato, já podem contabilizar os seus ganhos e suas perdas, que advirão com o cumprimento dele.

Aleatórios, de sua vez, chamados pelos juristas alemães de *Glücksverträge* ou *gewagte Verträge*, são aqueles em que um, ou alguns, ou todos os figurantes, podem sofrer um prejuízo, em certo caso ou em certos casos¹⁹. Daí dizer-se que o corresponsivo da prestação é uma chance de ganhar ou perder, tal como exarado está no Código Civil Francês, art. 1.104:

- “Il est commutatif lorsque chacune des parties s’engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l’équivalent de ce qu’on lui donne, ou de ce qu’on fait pour elle. - Lorsque l’équivalent consiste dans la *chance de gain ou de perte* pour chacune des parties, d’après un événement incertain, le contrat est aléatoire”.

2.4. SOLENE OU NÃO-SOLENE (OU FORMAL E NÃO-FORMAL)

O negócio jurídico, visto sob o prisma de sua estrutura, compreende tanto uma forma quanto um conteúdo. Forma, ensina Betti, “é o modo como o negócio é, quer dizer, como ele se apresenta em face dos outros, na vida de relação: é a sua figura exterior”²⁰.

Em princípio, a declaração de vontade pode efetuar-se por intermédio de qualquer meio capaz de fazê-la compreensível.

¹⁸ Cf. Darcy Bessone; *in op. cit.*, p. 100.

¹⁹ Cf. Pontes de Miranda; *Tratado*; tomo XXXVIII; p. 371.

²⁰ Cf. Emilio Betti; *in Teoria Geral do negócio Jurídico*; tomo I; Coimbra, 1969; p. 244.

Neste sentido amplo, toda declaração de vontade apresenta uma forma, “pero en sentido técnico se habla de forma cuando en virtud de la ley o de negocio juridico es necesaria una forma determinada”²¹.

Negócios formais ou solenes, portanto, são, precisamente, aqueles cuja forma é taxativamente fixada pela lei, isto é, vinculada; não-formais, por sua vez, são aqueles cuja forma é livre e que, por conseguinte, “podem realizar-se por qualquer forma que o costume considere instrumento de manifestação atendível e unívoco, e, portanto, suficiente para tornar socialmente reconhecível o preceito de autonomia privada, de que nele se trata”²².

A forma dos negócios jurídicos pode atuar, no mundo jurídico, em três planos diversos: ou como elemento de existência, ou como requisito de validade, ou ainda, como meio de prova.

Na primeira perspectiva, a ausência da forma, que se poderia denominar de constitutiva *hoc sensu*, pois que integrante do próprio suporte fático nuclear, leva à inexistência do respectivo negócio. Assim ocorre nos negócios abstratos, em que a forma constitui seu elemento categorial inderrogável. Por isso mesmo, diz Junqueira de Azevedo, e à guisa de exemplificação, “o Decreto nº 2.044, de 1908, que define a letra de câmbio e a nota promissória, depois de prescrever, no art. 1º, o que deve constar da letra de câmbio, diz, no art. 2º: *Não será letra de câmbio o escrito em que faltar qualquer dos requisitos acima enunciados. Ora, não será letra de câmbio quer dizer não existe como letra de câmbio*”²³.

Num segundo plano de atuação, a forma qualifica um contrato para subordinar a sua validade a uma determinada figuração exterior prescrita para a respectiva declaração ou declarações de vontade.

²¹ Cf. Von Tuhr, in *Derecho Civil, Teoria General del Derecho Civil Aleman*; vol. II; Editorial DEPALMA; Buenos Aires; 1947; p. 176.

²² Cf. Emílio Betti; in op. cit.; tomo II; p. 144.

²³ In *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*; 2ª ed., Editora Saraiva; 1986; p. 159 e 160; nota 204.

Neste ponto, impende não nos deixarmos levar pelo teor literal do dispositivo contido no art. 134 do Código Civil brasileiro, quando dispõe ele ser da substância do ato a escritura pública, nos casos ali elencados.

Não obstante a referência à substância, é no plano da validade, e não da existência, que repercute a infração pela não adoção da escritura pública. O negócio desprovido da forma exigida para a sua constituição (*ad substantiam*), corrobora Betti, é nulo, e não apenas anulável. Assim, o contrato com valor superior ao previsto pelo art. 134, que não se revestir da forma escritural, será indiscutivelmente existente, mas inquinado pela sanção da nulidade. A uma tal conclusão chega-se através de uma interpretação conjugada do artigo citado com os arts. 145, III, 130 e 82, todos do Código Civil. Não é sem razão, portanto, que afirma Aleides Tomasetti Júnior que “a codificação de 1916, contudo, não veio a consagrar aquela distinção, cominando a sanção de nulidade (art. 145, III), e não de inexistência, àqueles poucos negócios para os quais a instrumentação pública se considera *essencial*”²⁴. A propósito, o Projeto de Código Civil, em seu art. 106, deixa a questão extreme de dúvidas:

“Não dispondo a lei em sentido contrário, a escritura pública é essencial à *validade* dos negócios jurídicos que visem à constituição ou transferência de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

Por fim, a forma pode dizer respeito à maneira como pode ser demonstrada em juízo a existência de negócios válidos - matéria de direito processual, apesar de estar regulada no Código Civil. É a forma a que se denomina *ad probationem tantum*.

Contrato não-solene é aquele para o qual a lei não exige uma determinada figuração exterior, admitindo, assim, todo comportamento declarativo como válido.

Como regra, no direito brasileiro, vige o princípio da vinculação pelos contratos aformais, ou não-solenes. Entretanto,

²⁴ In *Da Execução do Contrato Preliminar*, tese de doutoramento; p. 230.

não se deve olvidar que não há negócio sem forma, de jeito que a expressão *aformal* tem de ser entendida como *sem forma especial*²⁵.

Põe-se, já aqui, uma questão, inextricavelmente ligada ao tema principal deste trabalho, relacionada com saber se o acordo de transmissão (negócio dispositivo jurídico de direito das coisas) de propriedade imobiliária, ou de direito real limitado, é válido, ou não, se o contrato (negócio jurídico *stricto sensu* obrigacional), em que se prometeu e se deveria ter observado a regra jurídica do art. 134, II, do Código Civil, não a respeitou.

Somente para que a questão não fique sem resposta nenhuma, adiantaremos que ela dependerá da tomada de posição a respeito da natureza daquele primeiro negócio de direito das coisas.

2.5. CONSENSUAL OU REAL

Como alerta Pontes de Miranda²⁶, a distinção entre contratos consensuais e reais (*Realvertrag*) provém do direito romano e é interior ao direito das obrigações. Isto quer dizer que tanto um como outro têm, como conteúdo eficaz, posições jurídicas subjetivas de natureza pessoal, relativa.

No direito romano clássico, o mútuo e o comodato, assim como o depósito e o penhor formavam o grupo dos contratos chamados reais. *Re contrahitur obligatio*, lembra Alcides Tomasetti Júnior²⁷, significava a produção da obrigação por intermédio da entrega de uma coisa corporal. Os contratos reais não eram solenes e sua celebração dava-se com aquela transmissão de coisa, que acarretava para quem recebia a obrigação de restituir.

Na tradição jurídica romana, portanto, “não bastava a consensualidade (isto é, a simples coincidência das manifestações

²⁵ Cf. Pontes de Miranda; *Tratado de Direito Privado*; tomo XXXVIII; p. 105.

²⁶ *In Tratado de Direito Privado*.

²⁷ Cf. Pontes de Miranda; *Tratado de Direito Privado*; tomo XXXVIII, p. 105.

de vontade) para que do negócio jurídico se irradiassem dívidas e obrigações, salvo em determinados contratos que não eram formais (compra e venda, locação, sociedade, mandato). Os demais contratos só vinculavam se obedeciam a determinada forma (contratos formais) e se estava incluído o pacto de tradição (contratos reais)²⁸.

Mas não se deve olvidar que todo contrato, enquanto acordo vinculativo de vontades opostas, tem, como seu elemento essencial, o mútuo consenso²⁹: *duorum uel plurium consensus*. O negócio jurídico bilateral ou plurilateral conclui-se (= entra no mundo jurídico), pontifica Pontes de Miranda³⁰, desde o momento em que há o consenso sobre todos os pontos que se tiveram por essenciais. Se não houve concordância, houve dissenso; e não se conclui o negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Todo contrato tem, portanto, necessariamente, como elemento mínimo e irredutível de seu suporte fático nuclear, o consenso, sem o qual ele não se juridiciza, não tendo existência no mundo jurídico.

“Entretanto, em alguns basta o consentimento - *qui solo consensu perficiuntur* -, enquanto que, em outros, exige-se, para a sua formação, um outro elemento, seja uma solenidade ou formalidade especial, seja a tradição da coisa que constitua o seu objeto”³¹.

No negócio real, portanto, a par do consentimento, exige-se, ainda, o elemento real *entrega* no seu suporte fático nuclear, imprescindível à sua suficiência e conseqüente entrada no mundo jurídico. Assim, “se há acordo, mas não há entrega, há um trecho do contrato previsto por lei, mas não se realizou ainda toda a *facti species*. Isto nada tem de nulo: por isso, logo que se der a *traditio*,

²⁸ Cf. Pontes de Miranda; in *Tratado de Direito Privado*; tomo 26; § 3170; nº 2; p. 286.

²⁹ Cf. Antunes Varela; in *op. cit.*

³⁰ In *Tratado de Direito Privado*; tomo XXXVIII; § 4195; p. 55.

³¹ Cf. Darcy Bessone; in *op. cit.*; p. 103.

o contrato está perfeito. Antes não: não produz efeitos, mas simplesmente porque não há ainda contrato”³².

A eficácia jurídica do negócio assim composto, entretanto, é puramente obrigacional. Esta eficácia, que não se confunde com a eficácia legal, também chamada eficácia nomológica, consiste no conjunto de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas, que se irradiam de um fato jurídico *lato sensu*. Quer isto dizer que a irradiação de efeitos jurídicos pressupõe, imprescindivelmente, a juridicização de um suporte fático e a sua conseqüente entrada no mundo jurídico. Para que este fenômeno ocorra, afigura-se indispensável que a norma sob cogitação goze de eficácia nomológica, isto é, que tenha aptidão para incidir. Mas isto já é um outro problema.

Ora, para que ocorra esta juridicização, mister se faz a presença de todos os elementos categoriais compondo o suporte fático de uma dada figura contratual. Ingressando no mundo jurídico e satisfazendo todos os requisitos de validade, o contrato passará, então, a irradiar a sua eficácia típica, desde que, naturalmente, não esteja sob condição suspensiva.

Através desta breve visão do fenômeno de juridicização, queremos afirmar, como ilação necessária, que o conteúdo eficaz do contrato real só passará a atuar quando tiver lugar à sua entrada no mundo jurídico mediante a composição suficiente de seu suporte fático com o consenso e a tradição da coisa. Sem a tradição, o suporte fático desponta insuficiente, não sendo apto a desencadear a eficácia legal; portanto, contrato ainda não haverá, quanto menos eficácia jurídica.

Antonio Junqueira de Azevedo, entretanto, do alto de sua cultura, pontifica, diferentemente, que a entrega da coisa consubstancia uma causa pressuposta dos contratos reais. E esta causa, por ser pressuposta, não constituiria elemento de existência jurídica, mas, sim, de validade do contrato. “A nosso ver, a efetiva

³² Cf. José de Oliveira Ascensão; in *Enciclopédia Saraiva do Direito*; vol. 20; p. 92/96.

entrega da coisa não faz parte, portanto, da existência dos *contratos reais*, e sim, somente influi sobre sua validade”³³.

Exatamente nesta ordem de idéias encontra-se definido o contrato real no Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos: “contrato real é aquele para cuja validade se exige, para além dos requisitos comuns a todos os contratos, outro que consiste na transferência da posse”³⁴. Assim, se num contrato de mútuo, de comodato, ou de depósito, não houve a entrega da coisa, nulos serão, pela falta do seu elemento justificador.

Um contrato real, portanto, reputa-se, segundo este respeitável posicionamento doutrinário, existente tão-só com a integração de seu suporte fático por duas manifestações de vontade coincidentes, que expressem o consenso. A falta do elemento *real* entrega, estando ele em outro plano, o da validade, leva somente a uma reação do ordenamento jurídico através da sanção de nulidade do contrato.

Há que se referir, ainda, a um terceiro posicionamento doutrinário, segundo o qual o contrato real ostentaria natureza meramente consensual, de modo que a tradição, em si mesma, já consistiria adimplemento de uma obrigação de entregar, e não mais um elemento do contrato. O fundamento primeiro deste posicionamento encontra-se no princípio da liberdade contratual, pelo qual deve-se reconhecer eficácia obrigacional, desde logo, ao acordo de vontades.

Procede este ponto de vista, afirma Larenz, “de la evolución del Derecho romano”, devendo se considerar a elaboração legislativa e doutrinária exigente da tradição para a perfeição do contrato “unicamente como un residuo histórico y sistemático que en modo alguno se justifica ya”³⁵. Também Pontes de Miranda, embora afirmando que “não se pode pôr de lado a letra das leis, a ponto de

³³ *In Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*; Saraiva; p. 45; nota 54.

³⁴ *In Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, de João Melo Franco e Herlander A. Martins; 3ª ed.; Livraria Almedina; Coimbra; 1995; p. 249.

³⁵ *In Derecho de Obligaciones*; tomo I; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; pp. 90/91.

se interpretarem as regras jurídicas sobre contratos reais como se não existissem”, professa, *ex argumento*, que “hoje, já não se justifica, ainda nos sistemas jurídicos mais aferrados ao direito romano, que se apontem os contratos reais como contratos que limitem a liberdade contratual”³⁶.

Para esta corrente, como visto, o contrato real, à semelhança dos contratos consensuais, perfaz-se tão-somente com o consenso sobre os pontos essenciais do negócio. O dever de entregar já constituiria efeito do contrato e o seu não cumprimento caracterizaria inadimplemento contratual. “Com la conclusión del contrato ha nacido ya una relación de obligación, que fundamentará la obligación de devolución cuando se haya producido la entrega de la cosa, y ello concretamente al término de dicha relación jurídica”³⁷. A entrega da coisa guardaria, então, o caráter de execução³⁸ do contrato avençado, sendo o começo de seu cumprimento.

O princípio da consensualidade na formação contratual levou à solução de se considerar pacto ou promessa de contratar o acordo, em si vinculatório, mas diverso do contrato verdadeiro e próprio, que apenas se alcançaria *re contrahitur*.

Sufragamos, relativamente a esta solução, as palavras de Giselda Maria Novaes Hironaka, quando afirma que “a maior crítica que se faz a esta posição é a seguinte: ainda que se

³⁶ In *Tratado de Direito Privado*; tomo 26; § 3170; nº 2.

³⁷ Cf. Karl Larenz, *in op. cit.*, p. 91

³⁸ Como precisamente lembra Alcides Tomasetti Júnior, em sua tese de doutoramento, p. 38, e da linguagem corrente entre os juristas o emprego do termo execução para designar o adimplemento das obrigações, dos negócios jurídicos e dos contratos. Em realidade, muitos empregam essas palavras como sinônimas. Autores há, entretanto, que buscam diferenciar, com todo cuidado conceitual, adimplemento da obrigação e execução do contrato, restringindo esta última ao “comportamento idôneo para determinar uma modificação na situação patrimonial e, genericamente, nas relações entre os contratantes, modificação esta pela qual se realiza o programa de eventos futuros constante no contrato”. O adimplemento, por sua vez, “é essencialmente modo de extinção, e, pois, de liberação para o devedor a execução reporta-se à atuação da fonte da obrigação (contrato): ou seja, leva a efeito o contrato”. Portanto, a execução é, antes de mais nada, um ato do contraente; assim como o adimplemento é um momento estrutural da obrigação, a execução é momento estrutural do contrato, ou sob outro aspecto, a execução do contrato está, para o adimplemento da obrigação, numa relação de meio (um dos possíveis meios) a fim.

admitisse a conversão do contrato pretendido (real) em pré-contrato (consensual), saber-se-ia que este último, desta maneira integrado nos planos da existência e eficácia dos atos, geraria, como único efeito, o de vincular as partes pré-contratantes à celebração do contrato real principal. Jamais à entrega da coisa. Ora, o círculo é vicioso”³⁹. No mesmo sentido, mas com outro fundamento, volta-se contra aquela solução Alcides Tomasetti Júnior: “Em realidade, esta era e continua a ser uma construção artificial, que visa conciliar o princípio da consensualidade com a tradição do direito romano. Mas, no caso, não há falar-se de promessa de contratar ou de contrato preliminar”⁴⁰.

Pensamos ter, ainda que sumariamente e sem a profundidade necessária, exposto os principais posicionamentos teórico-doutrinários a respeito das questões suscitadas pelo contrato real. De um lado, pesa a tradição histórica do direito romano, insculpida em diversos diplomas legislativos, entre os quais o nosso. De outro, pesa o moderno princípio da liberdade de contratar ou princípio da consensualidade. Como ficamos?

Pensamos, não obstante as normas do Código Civil brasileiro manterem-se fiéis à tradição romanística, no que se refere aos contratos reais, que deve prevalecer, ao menos de *lege ferenda*, o posicionamento que consagra o princípio do consensualismo. Ou, mesmo, a interpretação que harmoniza, ou traz para o seio deste princípio as normas postas a respeito do contrato real, conforme declina Pontes de Miranda: “seria difícil, certamente, manter-se o apego à reminiscência histórica e sistemática do direito romano. Não se poderia considerar inexistente ou nulo o contrato de mútuo, ou de comodato, ou de depósito, em que não houvesse a entrega da coisa, isto é, o contrato de mútuo, de comodato, ou de depósito consensualmente concebido; não se irradiaria dele o dever de restituição, porque esse somente nasceria com a entrega da coisa. A atitude de se considerar inexistente (= não entrado no mundo jurídico) o negócio bilateral, só consensual, de mútuo, ou

³⁹ Revista da Faculdade de Direito, vols. 84/85; Universidade de São Paulo, p. 90.

⁴⁰ In op. cit., p. 180; nota 206

de comodato, ou de depósito, iria, sem dúvida, contra os princípios hodiernos de liberdade de contrato. Bem assim, a que os reputasse nulos. Se o contrato consensual está manifesto e não há dúvida entre se tratar de contrato consensual ou de pré-contrato, nada obsta a que se considere estabelecida a relação jurídica. Entregue a coisa, os princípios relativos ao mútuo, ao comodato, ou ao depósito, contratos reais, incidem”⁴¹.

2.6. CONTRATOS NOMINADOS E INOMINADOS

2.6.1. APONTAMENTOS HISTÓRICOS: DIREITO ROMANO

Os romanos não conheceram uma categorização, de natureza geral e abstrata, da figura do *contractus*, uma vez que o método dos jurisconsultos romanos era casuístico, voltado para casos concretos. “Nesse trabalho não procuravam exposições sistemáticas: eram avessos às abstrações dogmáticas e às especulações e exposições teóricas”⁴². No período clássico, aliás, a jurisprudência era exercida por jurados, em geral leigos. “Apenas com o desenvolvimento do Concilium Imperial e seus jurisconsultos, transformado na mais alta instância judicante do Império, é que apareceu esta possibilidade de uma teoria jurídica, com o surgimento de juízes profissionais”⁴³.

Não era, portanto, qualquer acordo de vontades que despontava apto a gerar uma obrigação, mas tão-somente aqueles que se adequassem a um determinado tipo contratual existente, “admitido pelo costume e consolidado segundo o Direito dos Quirites”⁴⁴.

Foi no tempo de Justiniano que se estabeleceu a categoria dos contratos inominados, nascidos das “necessidades sócio-

⁴¹ *In Tratado*; tomo 26; § 3170; nº 2.

⁴² Cf. Thomas Marky; in *Curso Elementar de Direito Romano*; 3ª ed.; 1987; Saraiva; p. 8.

⁴³ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior; in *Introdução ao Estudo do Direito; Técnica, Decisão, Dominação*; São Paulo; Atlas S.A.; 1988; p. 56/57.

⁴⁴ Cf. Álvaro Villaça Azevedo; in *Contratos Inominados ou Atípicos*; p. 29.

econômicas através dos tempos”⁴⁵, que impuseram um “processo de abrandamento do rigor do antigo quadro quiritário dos contratos”⁴⁶.

Inominados eram, assim, os contratos que não fossem alcançados pelo sistema de tipicidade então existente. Ou seja, “são todas as convenções que, sendo executada a prestação de uma das partes contratantes, não se enquadram em nenhum dos contratos típicos”⁴⁷.

Dois eram, segundo Moreira Alves⁴⁸, os requisitos do contrato inominado: (1) o acordo de vontade (*conuentio*) sobre uma prestação e uma contraprestação; (2) a causa (expressão que os textos empregam no sentido de realização, por uma das partes, de sua prestação, ou, em outras palavras, de execução unilateral do acordo de vontade).

As múltiplas hipóteses em que podia se configurar um contrato inominado se enquadravam numa das quatro categorias reconhecidas pelo Direito romano, que, segundo divisão de Paulo, eram: (1) *do ut des*; (2) *do ut facias*; (3) *facio ut des* e (4) *facio ut facias*. “Na primeira figura contratual, existe uma dupla transferência de propriedade, uma equivalência de prestações, ou seja, uma dação contra uma dação; na segunda forma de contratar, existe uma dação contra um fazimento, segundo o qual ocorre a transferência de propriedade contra a prestação de um fato; na terceira forma, existe uma inversão da segunda, pois ocorre a prestação de um fato contra a transferência de uma propriedade, um fazimento contra uma dação; na quarta, como na primeira, existe uma equivalência de prestações, aqui, uma dupla prestação de fato, um fazimento contra um fazimento. Estas quatro espécies

⁴⁵ *Idem*, p. 29.

⁴⁶ *Idem*, p. 29.

⁴⁷ Cf. José Carlos Moreira Alves; in *Direito Romano*; II; 4ª ed.; Forense; Rio de Janeiro; 1986; p. 225.

⁴⁸ *Idem*, p. 226.

regularam, entre os romanos, os contratos inominados, que não se enquadram nos tipos existentes”⁴⁹.

Os contratos inominados apresentam uma peculiaridade em relação ao nominados, no atinente às ações que os sancionavam. Nos nominados, o inadimplemento da prestação por uma das partes conferia à outra o direito de forçá-la a cumpri-la, mas não o de repetir a própria prestação e resolver o contrato. Nos inominados, a parte adimplente dispunha de uma alternativa: usar da *actio praescripts uerbis*, para forçar a parte contrária a cumprir a sua prestação, ou intentar uma ação para obter a repetição da prestação realizada, com fundamento no princípio *condictio causa data causa non secuta*.

Os principais contratos inominados eram: a *permutatio*, o *aestimatum*, a doação com encargo, a *transactio*, o *precarium* e o *incipiendum dare*.

2.6.2. CONCEITO

Contratos nominados, pontifica Álvaro Villaça Azevedo⁵⁰, são aqueles que recebem do ordenamento jurídico uma regulamentação particular, apresentando-se com um nome, ao passo que os inominados, embora possam ter um nome, carecem de disciplina particular, estando sujeitos às normas gerais dos contratos, desde que não contrariem a lei, os bons costumes e os princípios gerais de direito.

O elemento caracterizador dos contratos inominados ou atípicos não é a falta de designação por um nome, mas a ausência de regulamentação legal específica. Assim, pode muito bem ocorrer que um contrato tenha nome mas não seja nominado, justamente por não se subsumir à *fattispecie* de nenhuma categoria contratual prevista no ordenamento jurídico.

⁴⁹ Cf. Álvaro Villaça Azevedo, in *Contratos Inominados ou Atípicos*, pp. 30/31.

⁵⁰ In *Contratos Inominados ou Atípicos*, p. 86

Ainda segundo Álvaro Villaça Azevedo, embora sejam utilizados como sinônimos os vocábulos inominados e atípicos, para adjetivar a figura contratual *sub lumine*, mais técnico é o segundo.

2.6.3. OS CONTRATOS MISTOS

A par dos contratos típicos e atípicos, há que se referir, ainda, a um *tertium genus*, a uma figura contratual autônoma que se vivifica pela combinação de elementos de diversos contratos típicos, ou atípicos, ou destes e daqueles.

2.7. CONTRATOS CAUSAIS E ABSTRATOS

A presente classificação dos contratos deve-se, sobretudo, ao direito alemão, e funda-se na existência e relevância, ou não, da *causa contractus*. A Savigny deve-se a formulação, pela primeira vez, da noção de negócio abstrato, sendo certo, por sua vez, que coube a Bahr expô-la sistematicamente⁵¹.

A pandectística alemã do século passado desdobrou a noção latina de causa, na acepção de fim ou objetivo, em duas noções correlatas: a de finalidade (*Zweck, vertraglicher Zweck*) e a de fundamento (*Grund*) do negócio jurídico. “A primeira diz respeito ao interesse visado pela parte ou pelas partes no negócio jurídico. O segundo refere-se mais ao título de uma transmissão de direito patrimonial (*traditio, Zuwendung*). Observe-se que ambos os vocábulos são semanticamente geminados, na língua alemã. *Grund* não é apenas *fundamento* ou *base*, mas também *razão* ou *motivo* (*Beweggrund*)”⁵².

A par deste sentido de *causa contractus*, cunhada pelo direito alemão, há que se fazer referência também à causa pressuposta, ou

⁵¹ Cf. Antonio Junqueira de Azevedo; in *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*; p. 160.

⁵² Cf. Fábio Konder Comparato; in *Revista de Direito Mercantil*; vol. 43; p. 82.

seja, aos fatos anteriores que justificam o contrato. A causa pressuposta, lembra Antônio Junqueira de Azevedo⁵³, não é o fato jurídico que dá origem à obrigação (*causa efficiens*): ela é causa mesma do próprio contrato. A causa, neste sentido, seria o porquê do contrato, e é dita pressuposta uma vez que é logicamente anterior a ele.

Temos, assim, que a *causa contractus* subdivide-se em causa final (*ut aliquid sequatur*) e causa pressuposta (*causa praeterita*).

Com estes breves esclarecimentos, pensamos, sem mais delongas, poder definir os negócios abstratos e os causais. Os primeiros são aqueles cujos efeitos jurídicos se produzem independentemente de causa, a despeito de a possuírem. Ela, entretanto, é juridicamente irrelevante para a sua validade ou eficácia. Portanto, negócios abstratos são aqueles cujo elemento categorial inderrogável é formal, de modo que a sua falta os tornam inexistentes. Negócio causal, por sua vez, é aquele cujo elemento categorial inderrogável é objetivo, podendo consistir “ou em uma referência a fatos anteriores, que justificam o negócio, ou em uma referência a fatos futuros, que são fins a atingir pelo negócio”⁵⁴.

2.8. CONTRATOS DE DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E CONTRATOS DE DIREITO DAS COISAS

A presente classificação, sobre a qual gira o núcleo do presente estudo, e justamente por essa razão, será aqui, em uma primeira aproximação, abordada de maneira sucinta e superficial.

Mediante o contrato, afirma Pontes de Miranda⁵⁵, um dos figurantes, pelo menos, se vincula a cumprir determinada prestação, de modo que não é necessário que desde logo se altere a distribuição de bens. Se algo saiu da esfera de A para a esfera

⁵³ Cf. *in op. cit.*; p. 167; nota 217.

⁵⁴ Cf. Antônio Junqueira de Azevedo; *in op. cit.*; p. 167.

⁵⁵ *In Tratado*; tomo XXXVIII; p. 38.

jurídica de B, continua Pontes⁵⁶, foi o ter-se A vinculado a B, o ter A assumido a dívida e a obrigação, ou, por enquanto, só a dívida. O contrato, conseqüentemente, atua eminentemente no campo do direito das obrigações, não sendo apto a, por si só, efetuar a trasladação de um direito de propriedade de um patrimônio a outro. Exsurge, assim, a noção de contrato de direito das obrigações, em razão de seus efeitos se fazerem sentir, tão-somente, no campo puramente obrigacional.

Diferentemente, o *contrato* de direito das coisas (*dinglicher Vertrag*, expressão cunhada por F. von Savigny em *System*, III, 312 s.), que Pontes de Miranda denominou negócio júri-real, atua no campo do direito das coisas, tendo a aptidão de efetuar a transferência de um direito real de um para outro patrimônio. São, melhor explicitando, negócios jurídicos cujo conteúdo eficaz é composto de poderes formativos (*Gestaltungsrecht*) de direitos reais. Daí afirmar Messineo que “il contratto ad effetto reale, in quanto l’effetto si verifica (...) contestualmente col perfezionarsi del contratto, non abbisogna dell’ulteriore attività del debitore e la sua sorte non dipende dalla volontà e dal comportamento di quest’ultimo”⁵⁷.

Lacerda de Almeida, a quem se deve a tradução da expressão alemã *dinglicher Vertrag* por *contrato* de direito das coisas, acentua que não é ele um contrato destinado, como os contratos na sua aplicação mais mezinha e ordinária, a criar, modificar ou extinguir obrigações, na parte constitutiva do Direito das Obrigações; cuida-se, diferentemente, de um contrato destinado a transferir coisas ou direitos referentes às coisas; da esfera, portanto, do Direito das Coisas⁵⁸.

São contratos de direito das coisas os contratos de penhor, anticrese e hipoteca. Outrossim, o contrato de alienação fiduciária

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Cf. Francesco Messineo: *Il Contratto in Genere*, tomo secondo, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, p. 66

⁵⁸ F. P. Lacerda de Almeida: *in Direito das Coisas*, J. Ribeiro dos Santos - Livreiro editor; vol. I; § 23; p. 163.

em garantia que, ao contrário do que sucede com aqueles, “não visa à constituição de direitos reais limitados, mas à transferência do direito de propriedade limitado pelo escopo de garantia”⁵⁹.

3. O CONTRATO NO DIREITO ROMANO

Na dogmática do direito romano, a figura do contrato constituía, tão-somente, a *causa efficiens* (*causa obligationis*) de posições jurídicas subjetivas obrigacionais, *ius ad rem*, e não *ius in re*, os quais se constituíam por modos especiais. Significativa, para ilustrar esta afirmação, é a frase exarada em C. 2, 3, 20 Diocletian (ano de 293): *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*.

O *contractus* era fonte ou causa geradora da obrigação *lato sensu*, cujo sentido e alcance exsurge das Institutas (Livro III, tit. 13): *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius soluendae rei secundum nostrae civitatis iura*. Destinava-se ele, assim, *ad constituendum obligationem*, cuja substância *non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat; sed ut aliam nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum* (não consiste nisso, de maneira a fazer nosso algum corpo ou nossa a servidão; porém, está em sujeitar outrem a nos dar algo, a fazer ou a prestar)⁶⁰.

“Il contratto è sempre e soltanto fonte di obbligazione, obbliga cioè l’uno o l’altro o entrambi i contraenti a dare o fare o non fare alcunché in confronto dell’altro, e, come il mutuatario contrae l’obbligo di restituire alla scadenza la somma mutuatagli, così il venditore e il compratore contraggono l’obbligo di trasmettersi reciprocamente il diritto sulla merce e la proprietà delle monete”.⁶¹

⁵⁹ Cf. J. C. Moreira Alves; *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 2ª ed.; Forense, 1979, p. 39.

⁶⁰ Tradução nossa.

⁶¹ Cf. Arangio Ruiz; *Istituzioni di Diritto Romano*, seconda edizione riveduta; Napoli, Nicola Juvene & C. Editor, 1927.

O contrato, em si, no direito romano, tinha efeito meramente obrigacional: dava ao credor o direito a haver a propriedade da coisa (*ius ad habendam rem*), não acarretando a aquisição mesma da propriedade.

Para que ocorresse o que tecnicamente se chama alienação, ou seja, a passagem do direito de propriedade do setor patrimonial da esfera jurídica do devedor para o setor patrimonial da esfera jurídica do credor, era mister que as mesmas partes celebrassem um dos três negócios translativos da propriedade, os quais constituíam os modos de aquisição, “*quei fatti giuridice che l’ordinamento dichiara idonei a creare nei singoli un diritto di proprietà, o a trasmetterlo da uno ad altro soggetto*”⁶².

Pode-se afirmar, portanto, seguindo a esteira de José Carlos Moreira Alves⁶³, que, empregando a terminologia dos glosadores, o contrato era o *titulus* para a aquisição do direito de propriedade, ao passo que a *mancipatio*, a *in iure cessio* ou a *traditio* eram o *modus* de aquisição dela. Conseqüentemente, “*perchè il compratore possa dirsi proprietario, occorre che l’obbligo suddetto sia adempiuto; il che non si può fare se non mediante un atto giuridico apposito, che si compie in un secondo momento*”⁶⁴.

Modernamente, classificam-se os modos de aquisição em originários e derivados. De perto, interessa-nos o exame dos modos de aquisição a título derivado, os quais supõem a existência de prévia relação jurídica, constituída entre o adquirente e o pretérito titular. Este é, precisamente, o sentido infundido na seguinte passagem: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si uenditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*⁶⁵ (Nunca a nua tradição transfere o

⁶² *Idem*.

⁶³ *In Direito Romano*; vol. I, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1987.

⁶⁴ Cf. Arangio Ruiz, *in op. cit.*

⁶⁵ *In D. 41. 1. 31 pr. Paul.*

domínio, mas sim se a venda ou outra justa causa tiver precedido, por causa da qual a tradição se tenha seguido⁶⁶).

No direito clássico, os modos de aquisição da propriedade a título derivado eram, conforme já antecipamos, três: a *mancipatio*, a *in iure cessio* e a *traditio*.

Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi; eaque fit certis verbis, libripende et quinque testibus praesentibus. Mancipatio locum habet inter ciues Romanos et Latinos coloniarios. Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est. Res mobiles non nisi presentes mancipari possunt, et non plures simil quam quot manu capi possunt; immobiles autem etiam plures et quae diuersis locis sunt, mancipari possunt (A *mancipatio* é a espécie própria de alienação das *res mancipi*; e ela é feita por palavras certas, por um porta-balança e por cinco testemunhas. A *mancipatio* tem lugar entre cidadãos Romanos e Latinos colonos. Também entre os latinos Junianos e esses peregrinos aos quais foi dado o direito de comerciar. Coisas móveis não podem ser alienadas senão entre presentes e não em maior quantidade do que podem ser apanhadas pelas mãos ao mesmo tempo. Imóveis, porém, até em maiores quantidades, e aquelas coisas que se encontram em locais diversos podem ser alienadas pela *mancipatio*⁶⁷).

Do trecho transcrito, tira-se que a *mancipatio* era um modo derivado de adquirir a propriedade, *ex iure Quiritium*, das *res mancipi*. Tratava-se de um negócio jurídico solene, *iuris ciuilis*.

“La struttura della mancipazione rivela un carattere abbastanza primitivo; è una vendita simbolica alla presenza di cinque testimoni, il primo dei quali dicesi antestatus, e di un altro cittadino che tiene una bilancia (libripens). L’acquirente, recando in mano un pezzo di bronzo, dichiara che la coisa è sua e ch’egli’há comprata com quel bronzo e quella bilancia: indi batte

66 Tradução nossa.

67 Tradução nossa.

col bronze la bilancia, e lo porge all'alienante quasi como preço⁶⁸.

O adquirente pronunciava uma fórmula, cujo teor era o seguinte, conforme Gaio I, 119: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra* (Pelo direito quiritário eu digo ser meu este escravo que a mim foi vendido por este bronze e esta balança de bronze). O *mancipio accipiens*, explica Vittorio Scialoja, "comincia coll affermare la sua proprietà in base al diritto civile: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*; e continua affermando che l'ha acquistato com questo bronze e com questa bilancia, v'aggiunge cioè la causa del suo acquisto: *isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra*. Abbiamo dunque due affermazioni: da una parte l'affermazione della proprietà acquistata, dall'altra l'affermazione della causa che giustifica l'acquisto, cioè la dazione d'un corrispettivo per cui ogni diritto è ben costituito"⁶⁹.

O teor da fórmula indica que, primitivamente, a *mancipatio* era a forma pela qual os romanos realizavam a compra e venda de contado.

No direito clássico, no entanto, como acentua Gaio (Inst. I, 119), a *mancipatio* tornou-se uma *immaginaria uenditio*, ou seja, um negócio abstrato, que tanto servia para transferir, a qualquer título (assim, por exemplo, em decorrência de uma compra e venda, ou de uma doação, caso em que a *mancipatio* era feita *nummo uno*, isto é, por preço irrisório), a propriedade de uma *res Mancipi*, quanto para transferir outros poderes sobre coisas ou pessoas⁷⁰.

A *mancipatio* caiu em desuso no direito Justinianeu, em razão da supressão da distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, tendo sido substituída pela *traditio*.

⁶⁸ Cf. Pietro Bonfante; in *Diritto Romano*, Firenze, 1900.

⁶⁹ In *Teoria della Proprietà nel Diritto Romano*; vol. II; Anonima Romana Editoriale; p. 142.

⁷⁰ Cf. Moreira Alves; in op. cit.

In iure cessio quoque communis alienatio est et Mancipi rerum et nec Mancipi, quae fit per tres personas, in iure cedentis, vindicantis, addicentis. In iure cedit dominus; vindicat is cui ceditur; addicit praetor. In iure cedi res etiam incorporeales possunt, uelut usufructus et hereditas et tutela legitimae libertae"(In iure cessio é também alienação comum não só das coisas *Mancipi*, mas também das *nec Mancipi*, a qual é feita por três pessoas, o que cede um direito, o que vindica, o que exprime aprovação. Cede em direito o proprietário; aquele a quem é cedido vindica; o pretor exprime aprovação. Até as coisas incorpóreas podem ser cedidas em direito, do mesmo modo o usufruto, a herança e a tutela da liberta legítima⁷¹).

Constituía, pois, a *in iure cessio*, modo derivado de adquirir a propriedade, *ex iure Quiritium*, não só das *res Mancipi*, como também das *nec Mancipi*, tendo sido a única forma de transferência de coisas incorpóreas (*iura*), para as quais não era possível a *Mancipatio*.

Segundo Gaio (Inst. 2, 24), secundado por Ulpiano (*Liber singularis regularum*, XIX, 9 e 10), a *in iure cessio* consistia num processo fictício (*lis imaginaria*) de reivindicação: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, ueluti praetorem (uel apud praesidem prouinciae), is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra uindicet; quo negant aut tacente tunc ei qui uindicauerit eam rem addicit; idque legis actio uocatur. Hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum* (A *in iure cessio* faz-se assim: aquele a quem a coisa é cedida perante o magistrado (*in iure*), tomando-a, diz perante o magistrado do povo romano, como o pretor, o seguinte: Eu digo que este escravo é meu pelo direito dos Quirites; em seguida, depois de ter vindicado a coisa, o pretor interroga o cedente, perguntando-lhe se não contra-vindica; diante da negativa ou do silêncio deste, o pretor adjudica ao vindicante a coisa; o que se

⁷¹ Tradução nossa.

chama ação da lei. Isto se pode fazer também nas províncias, perante seus presidentes⁷²).

Por demandar a presença de um magistrado, logo caiu a *in iure cessio* em desuso, desaparecendo antes da *mancipatio*. No direito Justinianeu vigorou como simples *cessio*, no sentido de transferência não-formal da propriedade⁷³.

Finalmente, a *traditio* pode ser definida, a princípio, enquanto modo de adquirir a propriedade, como entrega de uma coisa corporal, mediante a transmissão de sua posse. *Traditio* vem de *tradere rem*, que equivale a transmitir a posse de uma coisa, “pero esta expresión fué usada también en una acepción más restringida, para significar transmisión de propiedad por transmisión de la *possessio*”⁷⁴.

Na época clássica, a *traditio* constituía um modo apropriado de transmitir a propriedade quiritária das res *nec mancipi*. Na época pós-clássica (Direito Justinianeu), em havendo desaparecido a *mancipatio* e a *in iure cessio*, a tradição converteu-se naturalmente no modo exclusivo de transmitir a propriedade *inter vivos*.

Quanto ao elemento material da *traditio*, consistente na tomada de posse, passou ele por modificações, vindo a ser substituído por atos simbólicos (*traditio ficta*). “Nel diritto classico e giustiniano la trasmissione del possesso si può compiere in modi così dissimulati e quasi spirituali, che a dichiarare il trasferimento della proprietà per mutuo consenso non v'è più che un passo. Tali sono i casi della tradizione *simbolica*, *longa manu*, *breui manu* e del costituito possessório: tutti riassunti nella categoria generale della *traditio ficta*”⁷⁵.

⁷² Tradução de Alexandre Correia e G. Sciascia.

⁷³ Cf. Alexandre Correia e Gaetano Sciascia: *Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*; 2ª ed., vol. I, Saraiva, 1953; p. 179.

⁷⁴ Cf. Fritz Schulz; in “*Derecho Romano Clásico*”; Bosch, Casa Editorial - Barcelona; p. 335.

⁷⁵ Cf. Pietro Bonfante; in *op. cit.* p. 274.

A *traditio simbolica* consistia na “consegna delle chiavi di un magazzino a scopo di tradizione delle merci che vi si trovano”⁷⁶. A *traditio longa manu* dava-se através da “indicazione di un fondo dall’alto di una torre o di un colle onde si possa dominarlo, come sostitutivo della consegna del fondo medesimo”⁷⁷. A *brevi manu* ocorria pela “transformazione dello stato d’animo delle parti riguardo alla cosa, nel senso che chi prima la deteneva in nome di altri (ad. es. e titolo di usufrutto o di affitto) cominci da ora, consentiente la controparte, a possederla come propria”⁷⁸. E, finalmente, o *constitutum possessorium* era a “transformazione dello stato d’animo delle parti in senso inverso, cioè nel senso che chi prima possedeva la cosa in nome proprio la voglia trasferita ad altri, ma tuttavia continui a detenerla in luogo dell’acquirente, come usufruttuario od affittuario”⁷⁹.

Cumpre, entretanto, ter presente que este processo histórico de espiritualização da *traditio* não se constituiu num processo de absorção dela ao contrato, mas, como afirma Gorla, “un processo al fine di creare un sostituto della *traditio* stessa, che ne occupasse lo stesso posto rispetto al contratto”⁸⁰.

4 - DIREITO ALEMÃO

O atual direito alemão é fruto da elaboração realizada pela última fase da pandectística, na qual ressalta o conceito de negócio jurídico de direito das coisas, ou, no original, *dinglicher Vertrag*.

O campo do direito das obrigações encontra-se rigidamente separado do campo do direito das coisas, de modo que, ao negócio obrigacional contrapõe-se frontalmente um negócio de direito das

⁷⁶ Cf. Vincenzo Arangio Ruiz, in *Istituzioni di Diritto Romano*

⁷⁷ *Idem*

⁷⁸ *Idem*

⁷⁹ *Idem*

⁸⁰ In *La Compravendita e la Permuta*, p. 6

coisas, a *Einigung*, que é um acordo abstrato voltado à trasladação do direito real.

Declara o § 873 do BGB que, para a transmissão do direito de propriedade imobiliária, a constituição de gravames e a sua transferência, é necessário o acordo abstrato das partes, o qual dá lugar à inscrição (*Eintragung*) no Registro Predial (*Grundbuch*), que precipita o efeito real:

§ 873 (Aquisição por consentimento e inscrição)

“Para a transmissão da propriedade sobre um prédio, para a oneração de um prédio com um direito, assim como para a transmissão ou oneração de um tal direito, é necessário o acordo (*Einigung*) do titular e da outra parte sobre a ocorrência da novação e a inscrição (*Eintragung*) da novação no Livro Imobiliário, sempre que a lei não prescrever outra coisa”.

A abstratividade do acordo (*Einigung*) significa que ele se refere ao próprio direito real e é totalmente independente de relação jurídica obrigacional porventura existente.

Afora o negócio jurídico de direito das coisas, a complexidade do sistema germânico requisita a existência de mais 2 negócios jurídicos para a ocorrência da transmissão do direito real de propriedade, que se ultima com o registro, no caso de bem imóvel, e com a tradução, no caso de bem móvel.

Conforme pontifica Karl Larenz, “El Código Civil divide este ato, unitário según el criterio de la vida real, en dos, o más exactamente, en tres negocios jurídicos: mediante el contrato de compraventa se obligan primeramente los contratantes reciprocamente, uno de ellos a la entrega y la transferencia de la cosa; el outro, al pago del precio. La transferencia de la cosa se efetua en cumplimiento de la obligación contraída mediante un segundo contrato, de carater real, que contiene la disposición del vendedor sobre su propiedad. El pago del precio, en tanto que se efetue em metalico, esto es, por la transferencia de signos monetarios, tiene lugar igualmente por la entrega de éstos y un

contrato real. Es notorio que estos tres atos se hallan unidos según su sentido intrínseco: solo quando los tres han sido realizados queda liquidado el negocio tal como las partes lo concibieron, y conseguido el resultado económico por ellas pretendido”⁸¹.

Na sistemática do Código Civil alemão, no tocante à transmissão do direito real de propriedade, portanto, há uma tripartição, nítida e perfeitamente distinguível, entre negócio jurídico *stricto sensu* de direito das obrigações, cujo conteúdo eficaz é composto de um dever, ou obrigação, de transmitir o domínio, o negócio jurídico *stricto sensu* de direito das coisas (a *Einigung*, acordo de vontade para que se cumpra essa obrigação mediante a tradição ou a transcrição) e modo de aquisição (a tradição ou a transcrição).

É certo, porém, lembra Moreira Alves, que os autores alemães discutem sobre se o acordo de transmissão (*Einigung*) e a transcrição (*Eintragung*) constituem juntos o contrato de direito das coisas (*dinglicher Vertrag*), ou se apenas o acordo de transmissão (*Einigung*) representa esse contrato⁸². Martin Wolff⁸³ perfilha a primeira destas posições, afirmando que o acordo constitui apenas um dos elementos do contrato, sendo que o ato estatal de inscrição “se halla dentro y no fuera del contrato”. Para este autor, o acordo de vontades e a inscrição constituiriam elementos incindíveis e imprescindíveis do suporte fático nuclear de um mesmo “negocio juridico de disposición contractual, real y abstracto”.

Como já se adiantou, o *dinglicher Vertrag* guarda um caráter abstrato, no sentido de não receber influxos do negócio jurídico de direito das obrigações, nem também emití-los em relação a este. Ao discorrer sobre o ponto, afirma Larenz que “El Código Civil há llegado tan lejos en esta división que, en principio, hace que non dependa la validez de los negocios reales de cumplimiento de

⁸¹ *In Derecho Civil, Parte General.*

⁸² *In Da Alienação Fiduciária em Garantia*; 2ª ed.; Forense; 1979; p. 39; nota 4

⁸³ *In Tratado de Derecho Civil*; vol. III; § 38; nº 2.

la validez del negocio básico obligacional a cuya realización sirven aquéllos. Ello significa que, incluso cuando es nulo por cualquier motivo el contrato de compraventa, la transferencia realizada según las normas del Derecho de cosas puede ser válida. La separación entre el negocio real y el negocio obligatorio en que aquél se basa, realizada, por tanto, rigurosamente - así, la separación entre la transferencia y el contrato de compraventa - es lo que se denomina *carácter abstrato* del negocio real, y constituye una peculiaridad del Código Civil alemán que ha sido seguida sólo por escasos ordenamientos jurídicos”⁸⁴.

Quanto aos bens móveis, a alienação (em seu sentido técnico, como suso exposto) do direito real que tenha por objeto estes mesmos bens realiza-se também por um negócio jurídico dispositivo, seguido da tradição aos quais é, ainda, estranha a compra e venda.

A respeito da *Einigung*, posterior a um contrato de compra e venda de bem móvel, assim reza o § 929 do BGB: “Para transferência da propriedade de uma coisa móvel é necessário que o proprietário a entregue ao adquirente e que ambos estejam de acordo em que a propriedade deva ser transferida”. Acrescenta o preceito que “estando o adquirente na posse da coisa, basta o acordo sobre a trasladação da propriedade”.

Do quanto se disse, quanto ao sistema alemão de aquisição derivada de direitos reais, pode-se, a título de resumo, e à guisa de fixação de princípios, afirmar que:

1. o contrato de compra e venda é totalmente estranho ao negócio dispositivo, situando-se no campo obrigacional, exclusivamente. Na sistemática alemã, portanto, o contrato de compra e venda, não dispensando negócios posteriores de transmissão da posse e de transmissão do domínio, mercê de sua eficácia meramente obrigacional, torna o adquirente um mero credor da transferência da titularidade do direito real sobre a coisa,

⁸⁴ *In op. cit.*

“com todas as contingências próprias do caráter relativo dos direitos de crédito”⁸⁵;

2. tanto em relação aos bens móveis quanto aos bens imóveis, faz-se imperioso o acordo de vontades a respeito da transmissão da posse e do domínio;

3. o sistema de aquisição derivada de direitos reais, no direito alemão, é complexo, integrando-se, além do contrato de compra e venda, no caso de bens imóveis, pelo negócio jurídico de direito das coisas (*dinglicher Vertrag*, que apenas prepara a transferência da propriedade, mas não a realiza), pela *Auflassung* (comunicação do acordo de transmissão da propriedade e da posse ao funcionário do Registro, feita na presença de ambas as partes, cf. BGB, §§ 873 e 925) e pela subsequente inscrição (*Eintragung*) do negócio de direito das coisas no Registro Imobiliário (*Grundbuch*); no caso de bens móveis, ainda por esse mesmo negócio e pela tradição;

4. em sistema de separação absoluta, como o germânico, o *dinglicher Vertrag* tem vida própria e, em consequência, exige declaração de vontade diversa daquela que constituiu o suporte fático do negócio jurídico obrigacional;

5. não se confunde *Realverträge* (negócio jurídico *stricto sensu* real) e *dingliche Verträge* (negócio jurídico *stricto sensu* de direito das coisas), como já tivemos ensejo de verificar.

5 - DIREITO FRANCÊS

Dispõe o art. 1.583 do Código Civil Francês que “Será perfecta entre las partes y la propiedad quedará adquirida de derecho por el comprador, respecto del vendedor, desde el momento en que se convenga en la cosa y el precio, aunque la primera no se haya entregado ni pagado el segundo”.

85

Cf. Antunes Varela; *Das Obrigações em Geral*; vol. I; Livraria Almedina; Coimbra.

Este artigo reflete o momento culminante da autonomia da vontade, que surgiu com o Humanismo e com a Reforma, no século XVI, tornando-se corpo doutrinal a partir do século XVII, com a Escola do Direito Natural⁸⁶, quando obteve, então, o seu primado, a sua autoridade.

Deve-se, sobretudo, a Grócio e Pufendorf o desenvolvimento das novas idéias, erigidas em uma nova teoria centralizada no indivíduo e na soberania da vontade. O jurista alemão Pufendorf, no seu livro *De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, defendeu a idéia de que o Homem é a origem da autoridade e do direito. “A influência de Descartes é grande; ao *penso, logo existo*, os juristas substituirão *quero, logo tenho direitos; quero, logo obrigo-me*”⁸⁷.

Especificamente no campo da transferência de direitos, afirmavam os jusnaturalistas que, segundo o direito natural, a tradição não era necessária para a transferência da propriedade, para a qual bastaria o simples consentimento das partes, como em certos casos (assim, na doação com reserva de usufruto) os próprios juristas - desde os romanos - o reconheciam. Os jusnaturalistas, portanto, “*pensaient que si la tradition, acte matériel, est nécessaire pour transférer la possession, qui est un fait, la propriété, qui est une qualité purement morale, pouvait très bien passer d’une personne à une autre par une simple convention*”⁸⁸.

Vê-se, assim, que a vontade do Homem era soberana e, inserida num contexto contratual, reconhecia-se-lhe força bastante para transferir a propriedade. Portanto, “*la distinción entre acto constitutivo de obligación y acto traslativo de la propiedad es considerada expresión inútil del formalismo exterior propio de una vida jurídica primitiva, y los jurisconsultos en general (a excepción de POTHIER, que representa fielmente la tradición*

86

CF John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*; Fundação Calouste Gulbenkian; Lisboa, p. 737

87

Idem, p. 738.

88

CF Moreira Alves; *in op. cit.*; p. 44; citando M. Planiol.

romana) siguen la costumbre y la nuova concepción filosófica, que produce como consecuencia la admisión de este sistema en el Código de Napoleón, pasando posteriormente al Código italiano que consigna el mismo principio todavía com más claridad”⁸⁹.

Na sistemática do direito francês, portanto, a alienação do direito de propriedade opera-se por efeito do mero acordo de vontades. Já a posse, diferentemente, transfere-se pela tradição efetiva ou ficta, ou seja, mediante o constituto possessório, expresso ou tácito.

Não figuram, conseqüentemente, no Code Napoleón, institutos correspondentes aos modos de adquirir voluntários e derivados que o direito romano admitia (*mancipatio*, *in iure cessio* e *traditio*). Tudo se resolve na *vente*. A transcrição do título translativo nos registros públicos tem por função, apenas, torná-los operantes *erga tertios*⁹⁰.

Entretanto, como preleciona Baudry-Lacantinerie, “perché il contratto di vendita produca di per sè solo la traslazione della proprietà, è necessario che riguardi un oggetto certo e determinato. Non si può concepire la proprietà d’un oggetto che passi da una in altra persona senza che questo oggetto sia precisato, specificato. L’idea di traslazione non può esistere se non si sappia esattamente quale è la cosa trasferita”⁹¹.

O efeito de alienação do direito de propriedade, como conteúdo eficaz direto e imediato do contrato de compra e venda, por conseguinte, só se produz, no direito francês, quando o objeto mediato da obrigação *stricto sensu* seja certo e determinado. Não se revestindo destas qualidades, aquele efeito só se produzirá com a determinação do objeto, mediante a tradição ou opção. Com efeito, vejamos o que *magister dixit*: “Risulta da ciò che precede

⁸⁹ Cf. Ramon Badenes Gasset; *El contrato de compraventa*; tomo I; Libreria Bosch; Barcelona; 1979; p. 20.

⁹⁰ Cf. Darcy Bessone; *Da Compra e Venda, Promessa & Reserva de Domínio*, 3ª ed., 1988, Saraiva; p. 28.

⁹¹ *In Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile, Della Vendita e Della Permuta*; Casa Editrice Milano.

che il venditore s'obbliga sempre, salva convenzione in contrario, a trasferire la proprietà. Se la vendita ha per oggetto un corpo certo e determinato, la traslazione risulta del contratto medesimo; se l'oggetto non è certo e determinato, la traslazione non s'effetuerà se non per effetto dell'evento che produrrà la determinazione (tradizione, opzione). Nell'uno e nell'altro caso il venditore è obbligato a far passare al compratore la proprietà della cosa venduta"⁹².

À semelhança do direito francês, também o ordenamento jurídico italiano reconhece e atribui eficácia real ao próprio contrato de compra e venda, não havendo, portanto, distinção entre o contrato, de natureza obrigacional, e o negócio jurídico de direito das coisas.

Entretanto, e a crítica vale para ambos os sistemas jurídicos, parte da melhor doutrina italiana recente tem criticado esta inovação dos grandes códigos do século XIX, procurando sustentar não ser possível confundir o ato translativo com o contrato. É o que se encontra em Arangio Ruiz, em Vittorio Scialoja e, acima de todos, Gino Gorla.

O derradeiro autor citado afirma que a chamada compra e venda com eficácia real do direito francês e italiano contém, claramente, dois momentos: o momento do contrato e o momento do negócio translativo, pouco importando que, no tempo, estes dois momentos se confundam.

Uma vez ultimada a fase de negociações e emitidas as declarações de vontade contrapostas, completando-se, conseqüentemente, o suporte fático do contrato de compra e venda, opera-se o efeito de alienação do direito real de propriedade. Aquelas declarações de vontade, entretanto, seguindo o raciocínio de Gorla, integram o suporte fático de dois negócios jurídicos distintos e superpostos, quais sejam, o contrato *obligacional* e o negócio translativo, os quais, sendo simultâneos,

⁹² G. Baudry-Lacantinerie; *in op. cit.*

confundem-se exteriormente, mas que, juridicamente, não se podem confundir.

“La spiritualizzazione dell’atto traslativo”, pontifica Gorla, “rende possibile che questo si formi contestualmente al contratto, quando, come avviene spesso, si tratti di vendita di cosa certa già in proprietà del venditore: allora si há contestualità, non fusione dei due atti: insieme con l’atto obbligatorio si compie quello traslativo di adempimento. Si dice: mi obbligo a trasferirti e ti trasferisco, mediante una espressione ellittica *vendo o permuto*: fenomeno di utilizzazione di un solo mezzo di dichiarazione o forma al fine di manifestare due distinti atti di volontà”⁹³.

O que ocorreu nestes dois ordenamentos jurídicos foi, assim, “un’accessione del contratto obbligatorio a quello reale”⁹⁴, ou “un abbinamento della *traditio*, come atto traslativo, alla vendita”⁹⁵.

Gorla, em seu livro sobre a compra e venda, expende vários argumentos com o intuito de demonstrar o erro em se querer ligar a eficácia real ao contrato de compra e venda. Delimita ele, com tais argumentos, dois negócios distintos que aparecem sob a capa da compra e venda. Assim, diz ele que, tanto no direito francês como no italiano, a capacidade para transmitir distingue-se da capacidade para contrair obrigações, de maneira que, muitas vezes, pode resultar nula a compra e venda, em consequência da falta de capacidade para contratar, como também, na hipótese inversa, e não há autor que não o reconheça, pode restar o contrato plenamente válido, se a capacidade que faltar for a de praticar ato translativo.

Assim, se uma pessoa que goza da capacidade de contratar, mas não a do ato translativo, realiza uma compra e venda, a alienação do direito de propriedade não se verifica, mas o contrato não será nulo, porque a capacidade de contratar detinha a pessoa.

⁹³ In *La Compravendita e la Permuta*; volume settimo; tomo primo; Torino; 1937; p. 6.

⁹⁴ Cf. Osti, citado por Gorla, *in op. cit.*; p. 10, nota 24.

⁹⁵ Cf. F. Ferrara, citado por Gorla, *in op. cit.*; p. 10, nota 24.

“La mancanza del potere di disporre rende invalido l’atto traslativo, non il contratto, che resta coi suoi effetti obbligatori”⁹⁶.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, aduz Gorla um outro argumento que põe às claras a distinção entre o contrato e o ato dispositivo: “la nullità dell’atto traslativo del denaro o della cosa di genere non intacca il contratto, ma importa inadempienza; quella dell’atto traslativo di una cosa di specie rende il contratto al massimo annullabile o risolubile, non nullo, come dovrebbe essere, se esso contratto fosse lo stesso atto traslativo (...). Dunque, se il contratto sussiste, benchè nullo l’atto traslativo, vuol dire che il primo reca l’obbligazione ed è distinto dal secondo”⁹⁷.

Está claro, segundo Gorla, por estes resultados a que chegam tantos autores, que, naquele negócio, aparentemente uno, existem dois negócios superpostos, tanto assim que é possível anular um e deixar o outro incólume.

Um outro argumento expendido por Gorla reside numa diferenciação que os autores são levados a fazer no seio deste contrato. Todos os autores, afirma, franceses e italianos, que aceitam a compra e venda com eficácia real, reconhecem que, quando a compra e venda é celebrada para execução retardada, só tem o efeito de gerar uma dívida, distinguindo-se, assim, do negócio translativo, de maneira a só haver compra e venda real quando a venda for feita para execução imediata.

Portanto, se os autores são inclinados a aceitar esta distinção, é porque a compra e venda é sempre contrato obrigatório, havendo, entretanto, casos em que a execução, por ser imediata, com o próprio contrato se confunde.

⁹⁶ Cf. Gino Gorla; *La Compravendita e La Permuta*; Torino; 1937-XV; p. 17.

⁹⁷ *In op. cit.*, p. 7.

6 - DIREITO BRASILEIRO

No sistema jurídico brasileiro, no que concerne à questão da alienação do direito de propriedade, só se vislumbra, ao menos aparentemente, duas figuras: a do negócio jurídico *stricto sensu* de direito das obrigações (contrato de compra e venda ou de doação, v.g.) e a do modo de aquisição (tradição ou registro).

Entre elas, entretanto, medeia uma outra figura, um negócio jurídico de adimplemento ou execução (*Erfüllungsgeschäft*) da obrigação irradiada do contrato de direito das obrigações, que se situa no campo do direito das coisas.

Esta figura não aparece com a evidência com que aparece no direito germânico, pois, afirma Moreira Alves, aqui não há uma *Einigung* materialmente distinta do contrato obrigatório, em se tratando de transferência do domínio, e *Einigung* que é um negócio jurídico bilateral abstrato do direito das coisas, em contaposição ao contrato obrigatório, que é negócio jurídico bilateral causal do direito das obrigações⁹⁸.

Não exsurge, portanto, nítida, no direito brasileiro, a distinção efetuada pelo BGB entre o *schuldrechtliches (oder obligatorisches) Verpflichtungsgeschäft* e o *sachenrechtliches (dingliches) Erfüllungsgeschäft*, ou seja, entre o negócio jurídico de direito das obrigações e o negócio jurídico de direito das coisas.

Esta distinção resta obumbrada, mormente naqueles casos em que o comprador recebe o bem já ao concluir o contrato, ou se havia recebido, mesmo antes de sua conclusão. Nestas hipóteses, o leigo enxerga somente um negócio: o contrato de compra e venda, dada “la fusione o *confusione* che spesso esiste nella *civil law*

(sistemi latini) fra il contratto obbligatorio e l'atto dispositivo (in senso lato)"⁹⁹.

A eficácia imediata, afirma Pontes de Miranda, completa, dá a ilusão de só haver um negócio jurídico; isto é, de ser contrato real o contrato de compra e venda, o que o sistema jurídico brasileiro, como o alemão, repele¹⁰⁰. A imediatidade, prossegue, dá a ilusão da simultaneidade e, o que é mais delicado, da causação da transferência pelo contrato de compra e venda. Neste erro, o estudioso do direito não deve incidir. A ele cumpre distinguir, e precisar, aí, dois negócios jurídicos, ou três: o contrato de compra e venda e o acordo de transmissão; ou o contrato de compra e venda, o acordo de transmissão da posse e o acordo de transmissão da propriedade.

A visualização destes distintos negócios jurídicos faz-se imperioso no direito brasileiro, uma vez que, aqui, os efeitos do contrato de compra e venda, contrato consensual, são puramente obrigacionais, pessoais.

Com a completação do suporte fático nuclear, integrado pelo *consensus* a respeito da *res* e do *pretium* (elementos categoriais inderrogáveis), ingressa ele no mundo jurídico, como negócio jurídico *stricto sensu*, dele se irradiando posições jurídicas subjetivas para ambas as partes contratantes: a parte vendedora, a par da posição jurídica subjetiva ativa, vincula-se a um dever de prestar titularidade, ou seja, vincula-se a atribuir ao comprador a propriedade e a posse do objeto mediato da obrigação *stricto sensu*. A atribuição, em si, já é adimplemento e depende de acordo ou de acordos.

É justamente por este aspecto da consensualidade que se pode, válida e eficazmente, vender bem futuro ou alheio. Bem o apreendeu Sebastião de Souza: "A compra e venda de coisa alheia não é nula nem anulável. É um contrato perfeitamente válido entre

99

Cf. Gino Gorla; in *Il Contratto, Problemi Fondamentali Trattati con il metodo Comparativo e Casistico, I Lineamenti Generali*; Milano: Giuffrè Editore; 1954; p. 1, com grifo nosso.

100

Tratado de Direito Privado, tomo XXXIX, p. 263.

as partes contratantes e está de acordo com o conceito de compra e venda. Esta, no direito nacional, não transmite a propriedade. Cria apenas obrigações pessoais para os contratantes: o vendedor assume a obrigação de transferir a propriedade ao comprador e este a de pagar o respectivo preço. A tradição para móveis e a transcrição para imóveis é que são atos translativos da propriedade¹⁰¹. Não fazem eles parte do contrato de compra e venda, não o integram como elementos essenciais à sua perfeição. O contrato fica perfeito e acabado com o acordo dos contratantes sobre o objeto e o preço (Código Civil, art. 1.126). A transmissão da propriedade é uma consequência, um consectário do contrato, mas não é o contrato, não se confunde com ele. É ato de execução e não de formação desse contrato”¹⁰².

Do mesmo sentir, Antônio Junqueira de Azevedo: “A nosso ver, contrariamente ao que diz essa decisão, o caso de venda *a non domino* não é de nulidade (plano da validade - falta de requisitos), e sim, de ineficácia (plano da eficácia); há, apenas, ineficácia para os efeitos finais visados pelo negócio (transferência de propriedade). O negócio em si, porém, é válido e, até mesmo, ele é eficaz, como qualquer outro negócio que, realizado, não é cumprido; ele admite rescisão (*rectius*: resolução) com perdas e danos (e o inadimplemento supõe negócio válido)”¹⁰³.

Darcy Bessone, diferentemente, em obra clássica na matéria¹⁰⁴, não distingue entre o negócio jurídico obrigacional e o negócio jurídico de direito das coisas. Na sua visão, ambos os negócios estariam fundidos no contrato de compra e venda, de modo a ostentar ele um caráter real-obrigacional. Para este autor, “situou-se o direito brasileiro a meio-caminho, entre o direito franco-italiano e o germânico”¹⁰⁵.

101 Não concordamos totalmente com esta afirmação, como adiante se demonstrará.

102 *In Da Compra e Venda*; p. 240.

103 *In Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*; 2ª ed.; 1986; Saraiva; p. 56.

104 *Da Compra e Venda, Promessa e Reserva de Domínio*.

105 *In op. cit.* p. 46.

Expende ele, como principal argumento de sua obra exegética, a redação do art. 134, II, do Código Civil, segundo a qual é da substância do ato a escritura pública “nos contratos *constitutivos* ou *translativos de direitos reais* sobre imóveis de valor superior a Cz\$ 50,00 (cinquenta cruzados), excetuado o penhor agrícola”.

O legislador estaria, por meio deste dispositivo legal, consagrando a existência de um contrato que, por si mesmo, teria aptidão para constituir ou transladar direitos reais. E o contrato de compra e venda constituiria, justamente, o exemplo mais perfeito e acabado destes contratos. “Ninguém duvidaria de que, entre os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais, destaca-se, como o principal deles, precisamente a compra e venda, cuja forma, sempre que o imóvel seja de valor superior a cinquenta cruzados, é, por força apenas do invocado art. 134, a escritura pública”¹⁰⁶. Então, prossegue, “não se pode, sem afronta a esse preceito legal, negar à compra e venda o caráter translativo ou constitutivo de direito real, o que equivale a reconhecer-lhe eficácia real, isto é, a incluí-lo entre os contratos reais, pelos efeitos”¹⁰⁷.

Segundo, ainda, o autor cuja obra está sob comento, o título (contrato de compra e venda) conteria também o acordo translativo, ou seja, o acordo sobre a translação do próprio domínio. “Mas, entre nós, não se pode aceitar a aludida tese, por ser certo que não dispomos de um segundo acordo de vontades, de um segundo contrato, integrativo do negócio de transmissão dominical. No direito brasileiro, é a própria compra e venda que o integra”¹⁰⁸.

Esta interpretação justificaria o fato de se levar a registro a própria escritura de compra e venda, precisamente porque ela seria produtiva de direitos reais, jamais se exigindo o registro

¹⁰⁶ *In op. cit.*; p. 42.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *In op. cit.*; p. 44.

imobiliário de contratos puramente obrigacionais¹⁰⁹. Se, pelo contrário, a compra e venda produzisse apenas obrigações, não se compreenderia a sua transcrição no Registro Imobiliário, nem o art. 134, aludindo aos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais, a abrangeria¹¹⁰.

Nosso entendimento, entretanto, não obstante a fundamentação suso-aduzida provir de abalizada pena, segue por caminhos diversos, já antes enveredados por Pontes de Miranda.

A interpretação do artigo em que se baseia a construção teórica de Darcy Bessone como fazendo referência ao contrato de compra e venda é, segundo entendemos, criativa, mas não corresponde à sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

A norma *sub examine* contém, em realidade, uma impropriedade, reveladora, segundo Pontes de Miranda¹¹¹, de pouca cultura jurídica. “Chamou ele aos contratos cujo adimplemento implicasse constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis”¹¹² Houve, isto sim, à semelhança do direito francês, uma amalgamação do contrato ao negócio jurídico de constituição ou translação, dando-se a falsa impressão de que teria aquele a aptidão de, por si mesmo, produzir alterações no mundo jurídico, mediante a constituição ou trasladação de um direito real. À norma enfrentada bastaria ter-se referido ao contrato; referiu-se, todavia, aos dois negócios jurídicos, englobadamente. Ao intérprete se impõe, conseqüentemente, visualizá-los, com a mesma acuidade com que o fez Gino Gorla, à luz do ordenamento jurídico italiano que, como vimos, segue fielmente, nesta questão, o ordenamento francês.

O Projeto de Código Civil (nº 634-B), entretanto, redime-se deste lapso de tamanha gravidade, eis que preenhe de

¹⁰⁹ *In op. cit.*; p. 45.

¹¹⁰ *In op. cit.* P. 46.

¹¹¹ *In Tratado de Direito Privado; Parte Geral*; tomo III, Editor Borsoi; RJ; 1954; p. 392.

¹¹² Cf. Pontes de Miranda; *in op. cit.*; p. 392.

conseqüências, substituindo a expressão *contratos translativos ou constitutivos de direitos reais* por *negócios jurídicos que visem à constituição ou transferência de direitos reais*.

Outrossim, quando no arts. 530, I, e 531, há referência à “transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel” ou “Estão sujeitos à transcrição, no respectivo Registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por atos entre vivos”, é da *Einigung*, ou negócio jurídico de direito das coisas (*dinglicher Vertrag*), que se está cogitando, e não do contrato de compra e venda.

O negócio jurídico que se leva a registro no Registro de Imóveis, portanto, é o acordo de transmissão, ou seja, o negócio jurídico que adimple (*Erfüllungsgeschäft*) o contrato de compra e venda, produzindo efeitos reais. Tanto é assim, que afirma Pontes de Miranda constituir o negócio obrigacional, tão-só, pressuposto accidental, e não necessário, do registro.

Na prática, “o acordo de transmissão ou transferência de imóveis entra, de ordinário, nas escrituras de compra e venda”¹¹³, tendo-se a impressão, assim, de que é este, e não aquele, que está sendo levado a registro. Em se tratando de vendas a prazo, entretanto, sobe à tona a distinção entre contrato e acordo, uma vez que este último não consta da escritura.

Quando, por outro lado, argumenta Darcy Bessone que não existe, no direito brasileiro, um segundo acordo de vontades, um segundo contrato, representativo do negócio jurídico de transmissão dominical, que estaria integrado no próprio contrato de compra e venda, é preciso que se apure, com cautela, o que ocorre no mundo jurídico.

Pela teoria da co-declaração, a vontade de adimplir, que se contém no negócio jurídico dispositivo, considera-se co-declarada com a vontade de vincular-se, integrante do negócio jurídico obrigacional: “nel attuale dichiarazione di vendita è inclusa la

¹¹³ Cf. Pontes de Miranda; *Tratado*; tomo III; p. 200.

doppia dichiarazione: di obbligarsi a dare e di trasferire la cosa”¹¹⁴.

Mostra-se sectário desta teoria Junqueira de Azevedo: “Na compra e venda e nos atos *inter uiuos* que se destinam a efeitos reais, há duas declarações (teoria da co-declaração), uma que cria direitos pessoais e outra que, sob dependência de ato posterior (registro ou tradição), tem efeitos reais”¹¹⁵.

Nesta linha de raciocínio, quem vende um imóvel, por escritura pública, não necessitará de outro ato, ou de outra declaração de vontade para que possa ser realizado o registro, pois, na vontade de vender está a vontade de adimplir, de transmitir, que, por si só, é suficiente para permitir o registro no albo imobiliário¹¹⁶.

A vontade de vender apresenta-se, por via de consequência, indissociável da vontade de adimplir, pois, se assim não fosse, o negócio jurídico careceria das condições mínimas de seriedade exigidas pelo Direito. “Daí, porque, quando alguém vende algo, demonstra, também, nesse preciso momento, vontade de adimplir o prometido”¹¹⁷.

Os sectários desta vertente, conseqüentemente, entendem ser relativa a separação entre os planos do direito das obrigações e do direito das coisas e vêem, no negócio jurídico dispositivo, um negócio causal.

Uma outra corrente teórica, sufragada por poucos, mas sobretudo sufragada por Pontes de Miranda, sustenta apresentar o negócio jurídico de direito das coisas natureza abstrata, independente do negócio jurídico obrigacional, composto que é por declaração de vontade dissociada da declaração constitutiva do suporte fático do negócio por último referido.

114 Cf. F. Ferrara, citado por Gino Gorla, *in op. cit.*; p. 10, nota 24.

115 *In Negócio Jurídico*; p. 157, nota 40.

116 Cf. Clóvis do Couto e Silva; *in A Obrigação como Processo*.

117 Clóvis do Couto e Silva; *in op. cit.*; p. 57.

Neste sentido, preleciona Pontes que “se o contrato é consensual, como a compra-e-venda, o acordo não está contido nele: é preciso que se conclua separadamente, embora, por vezes, simultaneamente, como se o outorgante diz *vendo e transmito*”¹¹⁸.

Assim, temos para nós que, se, de ordinário, não se costuma emitir uma segunda declaração de vontade, após a conclusão do contrato de compra e venda, já que este, muitas vezes, é efetuado *à vista*, nada impede que assim se proceda, mesmo nestes casos, e tudo recomenda este proceder notadamente naquelas situações em que a dação *stricto sensu* do bem não se efetua no momento mesmo da conclusão (= completação do suporte fático nuclear) do negócio jurídico de direito das obrigações. Ora, uma tal situação se verifica, com clareza, nas vendas efetuadas a prazo, quando a parte vendedora se comprometa a dar a coisa somente quando a parte compradora tiver cumprido todas as prestações em que se tenha fracionado a sua prestação principal de dar dinheiro, ou, então, nas vendas a prazo que tenham por objeto uma coisa cuja titularidade ainda não esteja integrada ao patrimônio jurídico da parte vendedora. Em ambos os casos, seria difícil pensar-se que, no momento da conclusão do contrato, a parte declare tanto a vontade de obrigar-se como a vontade de adimplir. Ou seja, que diga *vendo e transmito*.

De outro lado, pesa um argumento de técnica legislativa. O Código Civil referiu-se, em diversas passagens, a *títulos de transferência, títulos translativos de direitos reais e títulos translativos da propriedade imóvel*:

Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:

I - pela transcrição do *título de transferência* no Registro de Imóvel;

Art. 531. Estão sujeitos à transcrição, no respectivo Registro, os *títulos translativos da propriedade imóvel*, por ato entre vivos.

¹¹⁸ *in Tratado*; tomo XXVIII; p. 360.

Outrossim, a Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos):

Art. 172. No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos *títulos ou atos constitutivos*, declaratórios, *translativos* e extintivos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, inter vivos ou mortis causa, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

Estas referências têm por objeto, precisa e tão-somente, o negócio jurídico de direito das coisas (*o dinglicher Vertrag* do direito alemão), sem que esteja ele, de modo nenhum, vinculado à figura do contrato. Através desta técnica, cremos ter dado o legislador autonomia ao mencionado negócio júri-real, embora não de modo expresso, como o fez o legislador alemão (BGB, § 925), e, como conclusão inarredável, está-se a exigir uma declaração diversa daquela que constituiu o suporte fático do negócio jurídico obrigacional. Poderia perfeitamente o legislador ter exigido e se referido à necessidade de se levar a registro o próprio instrumento do contrato de compra e venda, dando, assim, clara indicação de ser necessária tão-só uma declaração de vontade, como sustenta os sectários da teoria da co-declaração.

Mas, outro que seja o entendimento esposado, o que importa realçar é que a inseparabilidade de vontades, *contentutísticas* do arcabouço teórico da primeira corrente, no entanto, somente existe no plano psicológico, pois, no plano jurídico, bifurca-se esta vontade unitária, passando a integrar, cada uma de per si, os suportes fáticos de negócios jurídicos de naturezas diversas, passando, portanto, a repercutir em planos próprios e inconfundíveis.

A existência de um negócio jurídico de direito das coisas, que tenha por efeito imediato a perda de um direito ou sua modificação gravosa, é decorrência desta separação de planos, pois, importando o adimplemento da obrigação em alienação do

domínio, não poderia o negócio obrigacional atingir área que lhe é estranha.

Exemplo insofismável da existência deste negócio que se vem realçando, situado entre o contrato obrigacional e a tradição, encontramos-lo na compra e venda com reserva de domínio. Abeberamo-nos, para fins de esclarecimento deste ponto, uma vez mais, nos ensinamentos de Clóvis do Couto e Silva. No direito brasileiro, também a reserva de domínio é aplicável, somente, às coisas móveis. Mas, como a tradição é ato real e como tal incondicionável, surge a questão de saber qual o ato que sofre a condição de reserva de domínio. Se não for a compra e venda, porque, para esta, o poder de disposição não se constitui em requisito; se não for a tradição, porque esta é incondicional, temos de concluir, de modo indesejável, que a *conditio* se insere num negócio jurídico situado entre a compra e venda (obrigacional) e a tradição (direito das coisas), entre o *titulus* e o *modus acquirendi*, enfim, no negócio dispositivo a que alude o art. 933 do Código Civil¹¹⁹.

Outrossim, de maneira mais explícita e direta, afirma Junqueira de Azevedo que o poder de disposição, ou seja, a legitimação, “é uma exigência para a eficácia dos negócios jurídicos de disposição”¹²⁰. Mais adiante, explicita que, “para ser eficaz, o negócio de disposição exige que o declarante seja titular do poder de dispor da *res* que é o seu objeto”¹²¹.

Através destas judiciosas preleções, pensamos poder afirmar, via de consequência, a inexatidão em se querer fundir, em um só contrato, o de compra e venda, dois negócios jurídicos tão distintos, atuantes em planos diversos. Muito embora a declaração de vontade seja uma só, conforme se proclama em uma das teorias, ela é integrada por duas vontades: a de vincular-se a uma obrigação e a de adimpli-la. Se, no plano prático, estas vontades se

119 *In op. cit.*, p. 68/69.

120 *In op. cit.* p. 157

121 *idem.*

manifestam numa única declaração (aceitando-se a teoria da co-declaração), no plano lógico-jurídico, entretanto, elas se cindem para compor os suportes fáticos de negócios de distintas naturezas e distintos efeitos, dando origem, assim, uma, a um negócio jurídico de direito das obrigações e, outra, a um negócio júri-real.

Superada, esperamos, esta questão, resta verificar da causalidade ou da abstratividade deste negócio por último citado. Ou seja, em outros termos, se a existência de vícios, incidentes sobre o contrato de compra e venda, irá ou não, repercutir no acordo de transmissão.

A matéria, no direito brasileiro, não soa uníssona, embora a grande maioria da doutrina e a quase totalidade, ou a totalidade mesma, da jurisprudência se inclinem no sentido de afirmar a adoção, pelo Código Civil brasileiro, do sistema de separação relativa.

Este sistema apóia-se, como vimos, na teoria da co-declaração, pela qual a vontade de adimplir, *contentutística* do suporte fático do negócio jurídico dispositivo, considera-se co-declarada com a vontade de vincular-se, *contentutística* do suporte fático do negócio jurídico obrigacional.

Como, a seguir-se esta teoria, a declaração de vontade é uma só, embora no plano lógico-jurídico bifurque-se ela para compor os suportes fáticos de dois negócios jurídicos, tira-se, de modo inevitável, que o negócio dispositivo reveste caráter causal, ou seja, dependente do *negotium antecedens*.

Assim sendo, as regras a respeito da capacidade, afirma Couto e Silva, ponto nevralgico da construção alemã, incidirão, em nosso sistema, no momento da feitura do ato produtor de obrigações, vigorando não só para este, como também para o de adimplemento¹²².

Os defensores do sistema de separação relativa apresentam, como suporte de seu argumento para qualificação do negócio

¹²² *In op. cit.*, p. 60.

jurídico dispositivo como causal, a regra exarada no art. 622 do Código Civil:

“Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade. Mas se o adquirente estiver de boa fé e o alienante obtiver depois o domínio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato.

Parágrafo único. Também não transfere o domínio a tradição, quando tiver por título um ato nulo”.

Muito embora este dispositivo esteja integrado ao cap. III (Da aquisição e perda da propriedade móvel), título II (Da propriedade), do livro II (Do direito das coisas), do Código Civil, tendo aplicação, em princípio, somente às coisas móveis, através de métodos de hermenêutica integradora, passou ele a cobrir todo o sistema de transferência de propriedade.

A conclusão inarredável que se pode haurir deste posicionamento teórico é que, conforme já expendido por Couto e Silva, as regras jurídicas sobre capacidade incidem no momento da conclusão do contrato obrigacional, de modo que uma eventual invalidade deste irá repercutir, inevitavelmente, no próprio negócio jurídico de direito das coisas.

Em se tratando de coisas móveis, parece-nos que não há como fugir da norma do art. 622, suso-transcrita, por demais clara. Se, portanto, a compra e venda tiver por objeto coisa móvel, e for inquinada pela sanção de invalidade, inválido será, do mesmo modo, por força daquele artigo, o acordo de transmissão, não sendo ele apto a transferir a propriedade. Curvou-se a este entendimento também Pontes de Miranda: “Tratando-se de transmissão mobiliária, o que faz o acordo é a regra jurídica que, aí, faz causal a eficácia real depender da causa: o negócio jurídico causal, que é o negócio jurídico básico, transpassa o acordo, que é como transparente, até subordinar a tradição à causa. É isso que

faz ser concreto, e não abstrato, no direito brasileiro, o acordo de transmissão de móveis”¹²³.

Em se tratando, porém, de acordo de transmissão de coisa imóvel, entende Pontes de Miranda cuidar-se de negócio abstrato. “O acordo, por si só, é negócio jurídico bilateral. Negócio jurídico abstrato. Independe da existência e da eficácia do negócio jurídico obrigacional, de que seja negócio de adimplemento ou execução (*Erfüllungsgeschäft*). A nulidade e a anulação do negócio jurídico causal são sem conseqüências para ele, salvo se, pela interpretação, se concebeu como dependente daquele”¹²⁴.

A tese da abstratividade, surge, assim, para Pontes de Miranda, por exigir o acordo de transmissão elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia próprios e inconfundíveis, de tal sorte que nenhum influxo exerce sobre ele a inexistência, a invalidade ou a ineficácia do negócio jurídico obrigacional.

Desta abstratividade do negócio dispositivo decorre que a transmissão da propriedade pode ser inválida, ou ineficaz, sem que o seja o contrato de compra e venda. Dá-nos exemplos da espécie o ilustre discípulo da Escola de Recife: o contrato de compra e venda do bem imóvel (não acompanhado do acordo de transmissão) foi celebrado por pessoa solteira, figurante como parte vendedora, e o acordo de transmissão somente se concluiu ao tempo em que ela já estava casada¹²⁵.

Uma outra hipótese é de se admitir: a transmissão da propriedade pode ser válida, ou eficaz, sem que o tenha sido o contrato de compra e venda. O mesmo Pontes se encarrega de exemplificar: o contrato de compra e venda foi concluído quando o vendedor era absolutamente incapaz (art. 145, I) e o acordo de transmissão já se perfez ao tempo da capacidade.

¹²³ *In Tratado de Direito Privado*; tomo III; § 281; p. 160.

¹²⁴ *In Tratado de Direito Privado*, tomo IV; § 424; p. 253.

¹²⁵ *In Tratado de Direito Privado*, tomo 39; § 4273, p. 62.

Disto tudo se tira que, não obstante ser o negócio jurídico causal nulo, ou ter sido anulado, não se contamina o acordo de transmissão. Mais ainda: em ocorrendo o registro, dá-se a transmissão. O mesmo não se diga, entretanto, se o acordo é nulo, ou foi anulado, pois, ainda que plenamente válido o negócio jurídico causal, o registro não representaria a verdade, seria inexato, dando margem à ação de retificação.

Um outro argumento em prol da abstratividade do acordo de transmissão consiste em que o ordenamento jurídico brasileiro exige que se leve a registro o instrumento deste negócio dispositivo, sem qualquer referência ao negócio subjacente, causal. Isto resulta dos já mencionados arts. 530, I e 531 do Código Civil, e do art. 172, da Lei nº 6.015/73. Daí que, como afirma Pontes, o negócio obrigacional constitui, tão-só, pressuposto accidental, e não necessário, da transcrição.

Alfim, à guisa de encerramento, resta dizer que a complexidade do sistema de aquisição derivada de direitos reais, no direito brasileiro, impõe a conjugação de, pelo menos, três atos jurídicos *lato sensu*: um negócio jurídico *stricto sensu* de direito das obrigações (o contrato de compra e venda), um negócio jurídico *stricto sensu* de direito das coisas, ou dois (acordo de transmissão da posse e acordo de transmissão da propriedade), e um ato administrativo (registro), se tratar de coisa imóvel, ou um ato-fato jurídico (tradição), se de móvel. Assim, não há pensar-se, por exemplo, que é o registro, ato do funcionário público, que transfere a propriedade. Esta se transfere, isto sim, pela conjugação de vários atos, notadamente pelo negócio dispositivo, complementado pela tradição ou registro, este último apenas fazendo precipitar o efeito real. Ou, como diz Antonio Junqueira de Azevedo, o registro é apenas condição, não causa, da transferência¹²⁶.

126

In *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, sem editora; 1986; nota 40; p. 157.

7. CONCLUSÕES

- 7.1. O sistema de aquisição derivada de direitos reais, no ordenamento jurídico brasileiro, é complexo, integrando-se de vários negócios jurídicos, um de direito das obrigações, outro de direito das coisas, culminando, finalmente, com a tradição ou com o registro.
- 7.2. É forçoso reconhecer a existência de um negócio jurídico de direito das coisas para a aquisição do direito real de propriedade, pois, no sistema jurídico brasileiro, o contrato de compra e venda é puramente obrigacional, não obstante a errônea e enganosa redação do art. 134 do Código Civil brasileiro, que tem levado alguns autores a sustentar uma aproximação do nosso sistema ao sistema do Direito francês.
- 7.3. A respeito deste sistema jurídico por derradeiro citado, há um certo consenso de que o contrato de compra e venda teria efeitos reais, translativos do direito de propriedade, independentemente da tradição ou registro. Estes atos seriam, nesta linha de entendimento, tão-somente necessários para a transferência da posse. Não embargante a consensualidade deste posicionamento, quer nos parecer que restou ela desmistificada a partir das críticas de Gino Gorla em relação ao ordenamento jurídico italiano, que, nesta matéria, segue fielmente a sistemática do direito francês.
- 7.4. A teoria da co-declaração, sem dúvida, presta-se a justificar a desnecessidade de uma segunda declaração de vontade para compor o suporte fático do negócio jurídico de direito das coisas, em se tratando de vendas à vista. Entretanto, falha ela quando consideramos as vendas a prazo, em que não há, no momento mesmo da conclusão do contrato, um acordo sobre a transmissão do bem. Nestas hipóteses, pela teoria da co-declaração, produzir-se-ia uma fratura no sistema de aquisição derivada de direitos reais, pois que saltar-se-ia do contrato de compra e venda diretamente para a tradição ou o registro.

- 7.5. O negócio jurídico de direito das coisas foi expressamente previsto pelo legislador brasileiro nos arts. 530, I e 531 do Código Civil, e no art. 172 da Lei nº 6.015/73, ao se referir a *títulos de transferência, títulos translativos de direitos reais e títulos translativos da propriedade imóvel*.
- 7.6. O negócio júri-real, em se tratando de compra e venda de bem Imóvel, tem caráter causal, em face do art. 622 do Código Civil, neste passo se distanciando do Direito alemão, no qual o *dinglicher Vertrag* é negócio abstrato, quer se trate de venda de bem móvel, quer de bem imóvel. Em relação a bens desta última natureza, entretanto, o Direito brasileiro segue o sistema germânico, caracterizando o acordo de transmissão como negócio abstrato.
- 7.7. A aquisição de um direito real, no direito brasileiro, perfaz-se por meio de uma série de atos, pelo menos três: o contrato de compra e venda, o acordo de transmissão da propriedade e o registro ou a tradição. Daí ser errônea a afirmação de que é pelo registro que adquirimos a propriedade de um bem.

QUADRO ESQUEMÁTICO DO SISTEMA DE AQUISIÇÃO DE DIREITOS REAIS

COMPRA E VENDA + (ACORDO DE TRANSMISSÃO DA POSSE) +

ACORDO DE TANSMISSÃO DA PROPRIEDADE + TRADIÇÃO OU
REGISTRO

8. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, F. P. Lacerda de; *Direito das Coisas*; J. Ribeiro dos Santos - Livreiro Editor; v. 1
- ANDRADE, Manuel Domingues de; *Teoria Geral da Relação Jurídica*; vol. II; Livraria Almeida; Coimbra, 1983
- ASCENÇÃO, José de Oliveira; *Enciclopédia Saraiva do Direito*; vol. 20
- ASSIS, Araken de; *Resolução do Contrato por Inadimplemento*; Revista dos Tribunais
- AZEVEDO, Álvaro Villaça; *Contratos Inominados ou Atípicos*; Edições Cejup
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de; *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*; 2ª ed.; Saraiva; 1986
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de; *Negócio Jurídico, e Declaração Negocial*; sem editora; 1986
- BAUDRY-LACANTINERIE; *Tratato Teorico-Pratico di Diritto Civile: della Vendita e della Permuta*; Casa Editrice Milano
- BESSONE, Darcy; *Do Contrato, Teoria Geral*; Forense; Rio de Janeiro; 1987
- BESSONE, Darcy; *Da Compra e Venda & Reserva de Domínio*; 3ª ed.; Saraiva; 1988
- BETTI, Emilio; *Teoria Geral do Negócio Jurídico*; tomos I e II; Coleção Coimbra Editora; Coimbra; 1969
- BONFANTE, Pietro; *Diritto Romano*; Firenze; 1900
- BONFANTE, Pietro; *Istituzioni de Diritto Romano*; G. Giappichelli Editore; Torino
- COMPARATO, Fábio Konder; *Revista de Direito Mercantil*; vol. 43

- CORREIA et al., Alexandre; *Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*; 2ª ed.; vol. I; Saraiva; 1953
- COUTO E SILVA, Clóvis do; *A Obrigação como Processo*; José Bushatsky Editor; São Paulo; 1976
- ENNECCERUS, Ludwig; *Derecho de Obligaciones*; volumen primero; Doctrina General; Libreria Bosch; 1933
- FRANCO et al., João Melo; *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*; 3ª ed.; Livraria Almedina; Coimbra; 1995
- GASSET, Ramón Badenes; *El Contrato de Compraventa*; tomo I; Libreria Bosch; Barcelona; 1979
- GILISSEN, John; *Introdução Histórica ao Direito*; Fundação Calouste Gulbenkian; Lisboa
- GORLA, Gino; *Il Contratto, Problemi Fondamentali Trattati con il Metodo Comparativo e Casistico, I Lineamenti Generali*; Milano; Dott. A. Giuffrè Editore; 1954
- GORLA, Gino; *La Compravendita e La Permuta*; volumen settimo; tomo primo; Torino; 1937
- HIRONAKA, Giselda Maria Novaes; *Revista da Faculdade de Direito*; vols. 84/85; Universidade de São Paulo
- LARENZ, Karl; *Derecho de Obligaciones*; tomo I; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid
- LARENZ, Karl; *Derecho Civil*; Parte General; Editorial Revista de Derecho Privado
- MARTINS et al., Herlander A.; *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*; 3ª ed.; Livraria Almedina; Coimbra; 1995
- MELLO, Marcos Bernardes de; *Teoria do Fato Jurídico*; Saraiva; 1985
- MESSINEO, Francesco; *Il Contratto in Genere*; tomo secondo; Milano; Dott. A. Giuffrè Editore; 1972

- MOREIRA ALVES, José Carlos; *Direito Romano*; vol. II; 4ª ed.; Forense; Rio de Janeiro; 1986
- MOREIRA ALVES, José Carlos; *Da Alienação Fiduciária em Garantia*; 2ª ed.; Forense; Rio de Janeiro; 1979
- PINTO; Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral do Direito Civil*; 3ª edição; Coimbra; 1991
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante; *Tratado de Direito Privado*; Parte Geral; tomo III; Editor Borsoi; Rio de Janeiro; 1954
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante; *Tratado de Direito Privado*; Parte Geral; tomo IV; Editora Borsoi; Rio de Janeiro; 1954
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante; *Tratado de Direito Privado*; tomo XXVI; 3ª ed.; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1984
- PONTES DE MIRANDA; Francisco Cavalcante; *Tratado de Direito Privado*; Parte Especial; tomo XXXVIII; 3ª ed.; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1984
- PONTES DE MIRANDA; Francisco Cavalcante; *Tratado de Direito Privado*; Parte Especial; tomo XXXIX; 3ª ed.; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1984
- RUIZ, Arangio; *Istituzioni di Diritto Romano*, seconda edizione riveduta; Napoli; Nicola Juvene & C. Editore; 1927
- SCHULZ, Fritz; *Derecho Romano Clásico*; Bosch, Casa Editorial; Barcelona
- SCIALOJA, Vittorio; *Teoria della Proprietà del Diritto Romano*; vol. II; Anonima Romana Editoriale
- SCIASCIA et al., Gaetano; *Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*; 2ª ed.; vol. I; Saraiva; 1953

SOUZA, Sebastião de; *Da Compra e Venda*; 2ª ed.; Edição Revista Forense; Rio de Janeiro; 1956

TOMASETTI JR., Alcides; *Da Execução do Contrato Preliminar*; tese de doutoramento

VARELLA, Antunes; *Das Obrigações em Geral*; vol. I; 5ª ed.; Livraria Almeidina; Coimbra; 1986

VON TUHR, Andreas; *Derecho Civil, Teoria General del Derecho Civil Aleman*; vol. II; Editorial DEPALMA; Buenos Aires; 1947.